



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, veinticinco (25) de junio del dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: **CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ**

Ref. 54-001-23-33-000-2017-00589-00
Acción: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Actor: Edgar Olivey Cuadros Gutiérrez
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación.

Procede la Sala a dictar sentencia en el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Edgar Olivey Cuadros Gutiérrez, mediante apoderado judicial, en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación, habida cuenta de haberse satisfecho a cabalidad el procedimiento que para el efecto se tiene previsto.

1. ANTECEDENTES

1.1 Demanda

El señor EDGAR OLIVEY CUADROS GUTIÉRREZ por intermedio de apoderado judicial presentó demanda en uso del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución No 0-4093 del 23 de diciembre de 2016 “*Por medio de la cual se declara insubsistente un nombramiento*” proferida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se ordena declarar insubsistente el nombramiento del Doctor Edgar Olivey Cuadros Gutiérrez en el cargo de Subdirector Seccional de la Subdirección Seccional de Víctimas y Usuarios de Norte de Santander.

Solicitó además que como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de Restablecimiento del Derecho se ordene a la Fiscalía General de la Nación, el reintegro del Doctor Edgar Olivey Cuadros Gutiérrez, al cargo de Subdirector Seccional de la Subdirección Seccional de Atención de Víctimas y Usuarios de Norte de Santander o uno superior.

De igual manera, se reconozca y pague al Doctor Edgar Olivey Cuadros Gutiérrez, los salarios, primas, bonificaciones, prestaciones sociales, efectué ante

las entidades competentes los pagos por conceptos de aportes a parafiscales y aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales que correspondan al cargo que ejercía junto con los incrementos legales, desde el momento en que se produjo su retiro injusto hasta cuando sea efectivamente reintegrado a su cargo o a uno de igual o superior jerarquía al que desempeña al servicio de la Fiscalía General de la Nación.

1.2.- Hechos

Los hechos que promovieron la presente acción se concretan así por la Sala:

Que el señor Edgar Olivey Cuadros Gutierrez, fue nombrado en el cargo de Subdirector Seccional de la Subdirección Seccional de Atención de Víctimas y Usuarios de Norte de Santander, al servicio de la Fiscalía General de la Nación, mediante Resolución N° 00628 de fecha 15 de abril de 2015 y tomando posesión del cargo el día 08 de mayo de 2015.

El cargo de Subdirector Seccional de la Subdirección Seccional de Atención de Víctimas y Usuarios de Norte de Santander, fue fielmente cumplido por el actor sin que se llegara a presentar nunca queja o llamado de atención alguno, por lo que jamás fue objeto de sanción o investigación disciplinaria, según su hoja de vida.

Que mediante la Resolución No 0-4093 del 23 de diciembre de 2016 “Por medio de la cual se declara insubsistente un nombramiento”, se declaró insubsistente al Doctor Edgar Olivey Cuadros Gutierrez del cargo de Subdirector Seccional de la Subdirección Seccional de Atención de Víctimas Y Usuarios de Norte de Santander, decisión que fue notificada el día 27 de diciembre de 2016, careciendo la misma de motivación y constancia alguna en la hoja de vida de las razones por las cuales la administración prescindió de los servicios del actor, desbordando de esta manera los límites de la discrecionalidad.

1.3.- Fundamentos de derecho de la demanda

En relación con los fundamentos jurídicos, observa la Sala que en la demanda se invocaron como vulneradas las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 2, 4, 25, 29, 53 y 209

-
- Ley 1437 de 2011: artículo 44

Como concepto de la violación la parte demandante expuso lo siguiente:

Señala inicialmente como un hecho incontrovertible que el acto administrativo mediante el cual la Fiscalía General de la Nación declaró insubsistente en el cargo al actor, adolece de vicios de falta motivación y desviación de poder.

En ese sentido, manifiesta que se presenta falta motivación cuando el funcionario público para fundamentar el acto administrativo emitido, da razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad, olvidando que la motivación de un acto administrativo implica la existencia de una causa que lo justifica y que debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable.

Indica, que la desviación de poder se presenta cuando un órgano, actuando en ejercicio y dentro de los límites de la competencia, cumpliendo con las formalidades de procedimiento, y sin incurrir en violación de la Ley, utiliza sus poderes con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, que el legislador buscó satisfacer.

Finalmente manifiesta que el acto de desvinculación de un funcionario debe enmarcarse dentro de los criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable, pues en el evento en que se acepte que no debe motivarse el acto administrativo, debe recordarse que cuando se ha acreditado de manera fehaciente que la insubsistencia del funcionario se ha realizado por razones ajenas al buen servicio, procede la declaratoria de nulidad del acto administrativo expedido de manera irregular.

1.4. Contestación de la demanda

Sobre los hechos la Nación- Fiscalía General de la Nación manifiesta como hechos ciertos de la demanda, los hechos No. primero, segundo, quinto, sexto, noveno y décimo y como hechos en controversia: los hechos No. tercero, cuarto, séptimo y octavo de la demanda.

Por otra parte, la apoderada de la parte demandada Nación – Fiscalía General de la Nación, manifiesta oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, exponiendo las siguientes razones en su defensa:

Señala que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.

De ahí que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Aduce que al Fiscal General de la Nación, tanto la Constitución como la Ley, le confieren facultades para nombrar, remover y definir las situaciones administrativas de los funcionarios y empleados de la Entidad, entonces, de acuerdo con estas normas, los actos administrativos de insubsistencia de los servidores que ejercen cargos de libre nombramiento y remoción, llevan implícita la presunción de legalidad, situación que los conduce a motivar el acto en la facultad legal de quien produce el acto.

Igualmente señala que en el caso concreto, no se demuestra por la parte actora desviación de poder u otro vicio llamado a invalidar el acto acusado, cuya motivación no es otra diferente a la manifestación del Fiscal General de la Nación en uso de sus facultades discrecionales, de readecuar su equipo de trabajo en favor el interés institucional, y en ese sentido, cuenta con libertad para decidir con que personal cumplirá de mejor forma con la misión constitucional y legal de la entidad, así como contar con servidores que gocen de la total confianza del nominador.

Finalmente indica que la carga de la prueba le corresponde a la parte que alega la irregularidad, sin embargo, con la demanda no se ofrece muestra de esto, limitándose el extremo procesal activo a realizar meras afirmaciones subjetivas, teniendo por el contrario el demandante pleno conocimiento acerca del tipo de vinculación que tenía con la entidad.

1.4.3. De la audiencia inicial

Se llevó a cabo el día 22 de marzo del 2019, determinándose que la pretensión y la fijación del litigio, se circunscribiría a resolver el siguiente problema jurídico:

¿Si debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado, contenido en la Resolución N° 0-4093 de fecha 23 de diciembre de 2016, proferido por el FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN mediante la cual se declara insubsistente el nombramiento del señor EDGAR OLIVEY CUADROS GUTIERREZ, en el cargo de Subdirector Seccional de la Subdirección Seccional de Atención a víctimas y usuarios de Norte de Santander; o si por el contrario, debe mantenerse la presunción de legalidad del mismo, por encontrarse ajustado a derecho?

1.4.4. Audiencia de práctica de pruebas

En la audiencia inicial se decidió decretar como prueba documental la copia auténtica y completa de la hoja de vida del actor Edgar Olivey Cuadros Gutiérrez, así como de quien lo reemplazó en el cargo que desempeñaba como Subdirector Seccional de la Subdirección Seccional de Atención de Víctimas y Usuarios de Norte de Santander, las cuales fueron recaudadas por medio escrito en el término establecido por ley.

1.4.5.- De los alegatos de conclusión

Se dispuso en el presente caso dar aplicabilidad al inciso final del artículo 181 del CPACA, en el sentido de que por considerarse innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento el juez podrá ordenar la presentación por escrito de los alegatos de conclusión en el término establecido por ley, tal como sucedió en el presente litigio.

1.4.5.1. De la parte demandante

El apoderado del demandante reitera los argumentos expresados en el escrito de demanda, en cuanto a que “el deber ser” de la desvinculación de un funcionario público debe enmarcarse indiscutiblemente dentro de los criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida aplicación jurídica y apreciación razonable, es por ello que cuando se demuestra de manera fehaciente que la insubsistencia del

funcionario público se ha realizado por razones ajenas al buen servicio, procede sin más la declaratoria de nulidad sobre el acto administrativo.

En ese orden de ideas, es claro para el apoderado que el acto administrativo en cuestión adolece de desviación de poder en el sentido de que su expedición no obedeció a mejorar los fines generales y de interés público, si no por el contrario se configura como un acto arbitrario y abusivo por parte de la administración que se ampara injustamente en la figura jurídica de la discrecionalidad.

Finalmente el apoderado manifiesta que las pretensiones están llamadas a prosperar ya que el acto administrativo en cuestión por medio del cual se desvinculó al señor Edgar Olivey Cuadros Gutiérrez del cargo de subdirector seccional de la Subdirección Seccional de Atención a víctimas y usuarios de Norte de Santander, adolece de razones sólidas y explícitas para la desvinculación y de claros postulados establecidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en materia de insubsistencia de provisionales en cargos de carrera administrativa.

1.4.5.2. De la parte demandada; Nación – Fiscalía General de la Nación

Expone la parte demandada, los mismos argumentos utilizados en el escrito de contestación, manifestando que el cargo que ocupaba el demandante el Dr. Edgar Olivey Cuadros Gutiérrez como subdirector seccional se constituye como un cargo de libre nombramiento y remoción por lo que el Fiscal General de la Nación goza de discrecionalidad para desvincular a este tipo de funcionarios de acuerdo a las características propias del cargo.

En ese sentido indica la apoderada que al ser este cargo un empleo de libre nombramiento y remoción, se tiene como características propias la confianza y la discrecionalidad del empleador, tal como lo establece la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en la jurisprudencia nacional, al manifestar que la vinculación permanencia y retiro del cargo están sujetos a la discrecionalidad del empleador, es decir que en cualquier momento la relación laboral se puede ver afectada atendiendo a la estabilidad precaria y relativa que dichos cargos generan.

Por último la apoderada solicita denegar las súplicas de la demanda en razón a que el acto administrativo impugnado se expidió ajustándose a las disposiciones legales, vigentes y sin vulneración del buen servicio, teniendo en cuenta que el

actor no demuestra o prueba la situación que manifiesta de desviación del poder y falsa motivación con la expedición del acto administrativo en cuestión, las cuales de acuerdo a la jurisprudencia nacional se encuentra a cargo y debe ser probado por parte de quien las alega, es decir, el demandante.

1.4.5.3. El Ministerio público no allegó concepto alguno.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Esta Sala tiene competencia para decidir, en primera instancia, la demanda de nulidad y restablecimiento, teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 2 del artículo 152 del CPACA.

2.2. Problema Jurídico

La Sala se planteará el siguiente problema jurídico a resolver en el sub lite.

¿Se encuentra viciada de nulidad por falta de motivación y desviación de poder la Resolución N° 0-4093 de fecha 23 de diciembre de 2016, proferida por el Fiscal General de la Nación por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento del señor EDGAR OLIVEY CUADROS GUTIERREZ, en el cargo de subdirector Seccional de la Subdirección Seccional de Atención a Víctimas y Usuarios de Norte de Santander, o si por el contrario se debe mantener la presunción de legalidad de la misma?

2.2.1. Tesis del demandante:

Considera que debe declararse la nulidad de la Resolución N° 0-4093 de fecha 23 de diciembre de 2016 teniendo en cuenta que tal acto proferido por la Fiscalía General de la Nación mediante el cual se declaró insubsistente en el cargo al señor Edgar Olivey Cuadros Gutiérrez, adolece de vicios de falsa motivación y desviación de poder olvidando de esta manera que la motivación de un acto administrativo implica la existencia de una causa que lo justifica y que debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable.

2.2.2. Tesis de la entidad demandada

Por otro lado, la Fiscalía General de la Nación solicita que las pretensiones de la demanda sean denegadas teniendo en cuenta que es propio de ese tipo de cargo permitir al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.

2.3. Tesis de la Sala

La Sala estima luego de revisar el ordenamiento jurídico aplicable, la jurisprudencia desarrollada por las Altas Cortes y las pruebas obrantes en el expediente, que no hay lugar a declarar la nulidad de la Resolución N° 0-4093 de fecha 23 de diciembre de 2016, proferida por el Fiscal General de la Nación teniendo en cuenta que la naturaleza del cargo de Subdirector Seccional tiene el carácter de libre nombramiento y remoción y que por tanto los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento se dan en razón a la facultad discrecional y confianza de la cual goza el empleador, configurándose de esta manera como una de las causales de retiro válidas para los empleos de libre nombramiento y remoción previamente definidas por la ley.

2.4.- Argumentos que desarrollan la Tesis de la Sala

Hechos relevantes jurídicamente probados

Para la Sala se encuentran probados los siguientes hechos:

a) Que mediante Resolución No. 0-0628 del 15 de abril de 2015, se realizó el nombramiento del Dr Edgar Olivey Cuadros Gutiérrez como nuevo Subdirector Seccional de la Subdirección Seccional de Atención a Víctimas y Usuarios de Norte de Santander.

b) Que mediante Resolución 0-4093 de 23 de diciembre de 2016 se declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Edgar Olivey Cuadros Gutiérrez en el cargo de Subdirector Seccional de la Subdirección Seccional de Atención a Víctimas y Usuarios de Norte de Santander.

Por otro lado, la Sala encuentra necesario para su estudio abordar los siguientes temas: **(i)** De la naturaleza del cargo **(ii)** De los empleos de libre nombramiento y remoción **(iii)** La discrecionalidad y la confianza como características propias de los empleos de libre nombramiento y remoción **(iv)** Estabilidad relativa **(v)** Análisis del caso en concreto.

(i) De la naturaleza del cargo.

La Ley 909 de 2004 “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”, en su artículo 5, clasifica los empleos públicos, así:

“Artículo 5º. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

*Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; **Subdirector** o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces”.*

Al mismo tiempo, el Decreto Ley 20 de 2014 en su numeral 1.1 del artículo 5 establece que el cargo de SUBDIRECTOR SECCIONAL hace parte del nivel directivo y tiene el carácter de libre nombramiento y remoción, independientemente de su ubicación. Dada la especial confianza y la prestación *in tuitu personae* que conlleva el desarrollo de sus funciones.

Es decir, de conformidad con lo anterior, se puede concluir que el cargo de Subdirector Seccional de la Subdirección Seccional de Atención a Víctimas y Usuarios de Norte de Santander que desempeñaba el señor Edgar Olivey Cuadros Gutiérrez en la planta personal de la Fiscalía General de la Nación, tiene el carácter de libre nombramiento y remoción.

(ii) De los empleos de libre nombramiento y remoción

El artículo 125 de la Constitución Política establece, como regla general, para la vinculación de empleados públicos, el sistema de carrera, *“cuya finalidad es la de preservar la eficiencia y eficacia de la función pública, así como garantizar a los trabajadores del Estado la estabilidad en sus cargos y la posibilidad de promoción y ascenso, previo el lleno de las condiciones y requisitos que para el efecto exija la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”*.

Sin perjuicio de esta regla general de carrera administrativa, la misma Carta señala unas excepciones, como son los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Siendo entonces competencia del legislador expedir las normas que regirán el sistema de carrera en las entidades del Estado (art. 150-23 C.P.), respetando las excepciones ya señaladas.

En sentencia C-540 de 1998 de fecha 1 de octubre de 1998, magistrado ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, la Corte Constitucional ha definido los empleos de libre nombramiento y remoción como:

“La Constitución prevé los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, cuya situación es completamente distinta a los de carrera, pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder. A diferencia de los empleos de carrera, en los de libre nombramiento y remoción el empleador tiene libertad para designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones. Cuando no lo son, el Estado, que debe cumplir con sus fines de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, autoriza al empleador para reemplazarlos por otras personas cuya capacidad, idoneidad y eficiencia se adecuen a los requerimientos institucionales”.

(iii) La discrecionalidad y la confianza como características propias de los empleos de libre nombramiento y remoción.

En ese sentido se tiene que el empleo de libre y nombramiento y remoción tiene como características propias y esenciales la confianza y la discrecionalidad.

Respecto de la confianza la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente¹:

¹ Corte Constitucional, sentencia C – 514 de 16 de noviembre de 1994, magistrado ponente: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

“Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata. Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho”.

Conforme lo anterior, el criterio que justifica la existencia de esta categoría es que los mismos pertenezcan al directivo, o sean de manejo, de conducción u orientación, o que exijan la necesaria confianza en el servidor público.

Es entonces la confianza que se exige para el desempeño de este tipo de cargo lo que permite al nominador contar con una amplia discrecionalidad tanto al momento de realizar la vinculación del servidor público, como en la oportunidad de declarar insubsistente su nombramiento, para lo cual no es necesario expresar los motivos que lo llevan a tomar la decisión.

Respecto a la figura de la discrecionalidad, el régimen de los funcionarios de libre nombramiento y remoción se caracteriza por que, su vinculación permanencia o retiro están sujetos a la discrecionalidad del empleador, en otros términos, la Corte Constitucional ha pronunciado lo siguiente:

“La estabilidad laboral de los funcionarios de libre nombramiento y remoción está sujeta a la discrecionalidad del nominador, debido a que este los designa con base a consideraciones intuito personae correlativamente, el retiro de dichos cargos es discrecional, en tanto depende de la confianza que el funcionario inspire en su nominador, aspecto que no puede evaluarse de manera objetiva y debe analizarse en el caso en concreto”.

(iv) Estabilidad relativa

La Corte Constitucional ha definido que los funcionarios de libre nombramiento y remoción se encuentran sujetos a una estabilidad relativa, propia del cargo. Esta corporación manifiesta que en el acta de declaratoria de insubsistencia de los funcionarios que ocupan un cargo de provisionalidad debe contener una motivación que sea propia del estado social de derecho, sea legal o constitucional.

En ese sentido, en sentencia C-443 de 1997, reiterada en la sentencia T-86 de 2014, esta misma corporación señaló respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción lo siguiente:

“Frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad). Hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido). Luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta”.

Lo anterior ha sido confirmado por el Consejo de Estado cuando indicó que *“los empleados que están sujetos a un régimen de libre nombramiento y remoción, no tienen la misma estabilidad de quienes están inscritos en carrera administrativa, porque existen razones justificadas constitucional y legalmente para ello, dado que se trata de cargas de dirección, con funciones decisorias o que implican una gran responsabilidad, por lo que en todo caso exigen una relación de confianza”.*

(v) Análisis del caso en Concreto.

5.1. En el presente asunto, se encuentra demostrado que el demandante mediante Resolución No. 0-0628 del 15 de abril de 2015, fue nombrado en el cargo de Subdirector Seccional de la Subdirección Seccional de Atención a Víctimas y Usuarios de Norte de Santander.

Posteriormente, a través de Resolución No. 0-4093 de 23 de diciembre de 2016, proferida por el Fiscal General de la Nación, fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de subdirector seccional, acto administrativo que, a su juicio, se expidió con las causales de nulidad de desviación de poder y falta de motivación.

Por lo anterior, el señor Edgar Olivey Cuadros Gutiérrez solicita se declare la nulidad del acto administrativo y se ordene el reintegro del demandante al cargo de igual rango o superior.

5.2. Inicialmente, es oportuno señalar que la desviación de poder ha sido definida por el H. Consejo de Estado como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura

un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse.

De igual forma, advierte esta Sala que la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar. *ibidem*

5.3. En ese orden de ideas, encuentra la Sala que el demandante simplemente se limita a manifestar como causal de nulidad del acto administrativo objeto del litigio la desviación del poder, pero no prueba o demuestra razones sólidas por las cuales considera que efectivamente se configura la misma, sin tener en cuenta que tal como lo ha expresado el Consejo de Estado en repetidas ocasiones, tal causal de anulación debe ser demostrada y probada por quien la alega, es decir, la carga de la prueba reposa exclusivamente en el demandante, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares, personales y caprichosos y, que por tal razón, se desmejoró el servicio, luego entonces, no es de recibo, ni se encuentra demostrado para la Sala la configuración de la causal de nulidad de desviación del poder alegada por el demandante.

Esto atendiendo a la naturaleza del cargo y en razón a que dentro del expediente no se encuentran demostrado que la decisión de retiro este auspiciada por un componente de subjetividad para remover del cargo al actor o algún fin personal, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos.

5.4. Por otro lado, aduce el demandante como segunda causal de nulidad la falta de motivación de la Resolución No. 0-4093 de fecha 23 de diciembre de 2016

proferida por el Fiscal General de la Nación, por el cual se declara insubsistente su nombramiento en el cargo de subdirector seccional, y que por tanto a su juicio el acto que ordenó su desvinculación del cargo, carece de motivación y argumentos válidos para que se configure su retiro.

Respecto de la falta de motivación y la figura de la discrecionalidad la H. Corte Constitucional indicó que:

“Es claro, que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno”. (Sentencia T-610/03, Corte Constitucional)

De igual manera el H. Consejo de Estado en su Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia del 23 de septiembre de 2015 ha señalado lo siguiente:

“A partir de la sentencia del 23 de septiembre de 2010, el Consejo de Estado ha considerado que la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, cuya desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de esta ley (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004)”.

Por su parte, la Ley 909 de 2004, en relación con la forma de retiro a través de la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción en el artículo 41, expresa:

“ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (...)

PARÁGRAFO 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”.

Al mismo tiempo, el Decreto Ley 20 de 2014 “Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas” en su artículo 98 que contempla la Declaratoria de insubsistencia del nombramiento de los empleos de libre nombramiento y remoción. Señala que *“En cualquier momento y de manera discrecional, la autoridad nominadora podrá declarar insubsistente un nombramiento ordinario mediante acto administrativo no motivado, dada la especial confianza que caracteriza el ejercicio de estos empleos”.*

5.5. Conforme a lo anteriormente expuesto, y teniendo que la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 20 de 2014 señalan que el cargo de Subdirector Seccional hace parte del nivel directivo y tiene el carácter de libre nombramiento y remoción, encuentra la Sala que procede la insubsistencia como causal autónoma de retiro del servicio sobre la Resolución No. 0-4093 *“Por medio de la cual se declara insubsistente un nombramiento”* proferida por el Fiscal General de la Nación sobre el señor Edgar Olivey Cuadros Gutiérrez, la cual es producto de la facultad discrecional de remoción de la que están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado, encontrando que además la misma se encuentra motivada justamente en las normas en que se sustenta la decisión y se facultad ejercer tal potestad.

En ese orden de ideas, señala la Sala que tratándose de un empleo de libre nombramiento y remoción, no es posible predicar la estabilidad laboral propia de los cargos de carrera administrativa como lo pretende el actor Edgar Olivey Cuadros Gutiérrez en el cargo de Subdirector Seccional de la Fiscalía, en razón a que este verdaderamente goza es de una estabilidad relativa la cual pende del grado de confianza que se deposita en el empleado para el ejercicio del cargo por parte de la entidad, quien en últimas, goza de cierta discrecionalidad para determinar la reserva de ese elemento de confianza del que había sido depositario el empleado, siempre que no estén demostradas razones diferentes a la prestación servicio, es decir móviles diferentes más allá de los contemplados en la Ley.

Por otra parte, y en relación con lo que el demandante aduce (i) Que la hoja de vida carece de las razones por las cuales la administración prescindió de los

servicios del actor (ii) Que desempeñó sus funciones de forma idónea y responsable (iii) Que nunca se ha presentado una queja o llamado de atención alguno, por lo que jamás fue objeto de sanción o investigación disciplinaria, el H. Consejo de Estado en diferentes sentencias ha pronunciado y reiterado lo siguiente:

“los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.”²

Sin embargo, la Sección Segunda de esta Corporación³ ha reiterado que la falta de anotación en la hoja de vida de las circunstancias de hecho y las causales de remoción del empleado, no genera la nulidad del acto de insubsistencia y tampoco es un requisito de existencia ni de validez del mismo, puesto que se expresa mediante una actuación posterior e independiente del retiro del servicio como una garantía para el afectado con la decisión de tener la certeza de que el acto de desvinculación se ajustó a los límites de la potestad discrecional del nominador.

Por otra parte, en su extensa jurisprudencia, ha dicho el Consejo de Estado que el solo hecho de que un empleado de libre nombramiento y remoción desempeñe sus funciones en forma idónea, competente, responsable y haya observado buena conducta, per se no obliga a la administración a mantenerlo en el servicio indefinidamente. La hipótesis contraria implicaría que se configurara un fuero de estabilidad especial que es extraño en funcionarios de tal condición, máxime que el óptimo desempeño en el ejercicio de un cargo responde a la obligación que tiene todo servidor público de cumplir con la Constitución y la Ley desde el momento en que lo ejerza⁴.

Finalmente, esta Corporación ha señalado que la facultad discrecional del nominador no se enerva por la presentación de acusaciones disciplinarias contra el servidor público de libre nombramiento y remoción, ni por la iniciación de un proceso disciplinario interno o externo, y por tanto, el acto de remoción en esas circunstancias, en sí mismo, no adquiere carácter sancionador, pues la facultad discrecional es autónoma e independiente de la potestad disciplinaria, es decir, no pende de ésta para nada. De ahí que, para el ejercicio de la atribución de desvinculación de servidores que no gozan de estabilidad, no es indispensable efectuar una previa investigación administrativa con traslado de cargos al empleado, porque así no está dispuesto en el marco legal, ni así lo ha considerado el desarrollo

²Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil dieciocho (2018), Rad. No.: 25000-23-42-000-2013-01223-02(4578-16), refiere, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04049-02(2465-07).

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-06984-01(1205-10), Actor: María Eugenia Briñez Niño; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de febrero de 2012, Rad. Núm. C.P. 25000-23-25-000-2004-05355-02(1592-10). Actor: Camilo Bernal Pacheco; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 25000-23-25-000-2004-04049-02(2465-07), Actor: Myriam Pastrana de Pastrana.

⁴ Sentencia de Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, del 17 de mayo de 2007, radicado interno 6862-05, CP Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

*jurisprudencial, y por ello no puede resultar afectado el debido proceso y el derecho de defensa*⁵.

En síntesis, es claro para la Sala que la Resolución No. 0-4093 “*Por medio de la cual se declara insubsistente un nombramiento*” proferida por el Fiscal General de la Nación se encuentra ajustada a derecho por las siguientes razones: (i) La naturaleza del cargo de Subdirector Seccional tal como lo establece la Ley 909 de 2004 en su artículo 5 y el Decreto Ley 20 de 2014 artículo 5, numeral 1.1, tiene el carácter de libre nombramiento y remoción (ii) Que la Ley 909 de 2004 en su artículo 41 establece como causal de retiro del servicio la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción (iii) Que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno (iv) Que el numeral 2 del artículo 251 de la Constitución Política señala como función especial del Fiscal General de la Nación la de nombrar y remover a los servidores de la entidad. Por lo tanto, encuentra la Sala que el acto administrativo impugnado se expidió ajustándose a las disposiciones legales vigentes y sin vulneración del buen servicio, en consecuencia y de conformidad con lo dispuesto se concluye denegar las suplicas de la demanda.

5.8. De las Costas

La Sala hará referencia a las costas en el presente proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA y los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso.

Entonces, teniendo en cuenta que en el presente caso se resuelve desfavorablemente las pretensiones de la parte demandante, sería del caso condenarla en costas por ser la parte vencida, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 2º del artículo 365 del CGP; no obstante esta Sala se abstiene de realizar tal condena, en virtud de lo dispuesto en el numeral 8º ibídem, que señala que sólo habrá lugar a costas cuanto el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

⁵ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, del 13 de octubre de 2005, número interno 4464-04, CP Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

5.9. En mérito de lo anteriormente, la Sala de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, se:

RESUELVE

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurada por el señor Edgar Olivey Cuadros Gutiérrez en contra de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con los considerandos de la presente providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en esta instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: DEVUÉLVASE a la parte actora la suma consignada para gastos del proceso o su remanente si los hubiere.

CUARTO: Una vez ejecutoriado el presente proveído, ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor.

La presente decisión se notificada en estrado de conformidad con el artículo 202 del CPACA.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión N° 3 del 25 de junio de 2020)



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ

Magistrado.-



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ

Magistrado.-



HERNANDO AYALA PEÑARANDA

Magistrado.-



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)
Magistrado Ponente. **Dr. Carlos Mario Peña Díaz**

RADICADO : 54-001-33-33-0001-2018-00241-01
DEMANDANTE : MANUEL GUSTAVO ANGARITA FLÓREZ
DEMANDADO : NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede a conocer el Tribunal Administrativo de Norte de Santander del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el día veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad parcial de la resolución No. 0288 del 20 de junio de 2016, a través de la cual se dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, sin incluir la totalidad de los factores salariales, y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada, reliquidar la pensión de jubilación a efectos de incluir en la base de liquidación la totalidad de los factores percibidos durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

1.2. Sentencia de primera instancia

Encontró el A-quo, que el demandante le es aplicable la Ley 33 de 1985, la cual estableció en su artículo 1° que para acceder a la pensión se debe contar con 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 años de edad.

Precisa, que de conformidad con la regla jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado en sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 de fecha 25 de abril de 2019, los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación que para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, de tal suerte, que los factores salariales base de la liquidación son aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con lo consagrado taxativamente en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Al analizar los requisitos de procedencia para el reconocimiento de factores dentro del primer régimen pensional, el Despacho encontró que ninguno de los factores salariales solicitados por el demandante se encuentran enlistados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, razón por la cual se consideró improcedente su reconocimiento.

Consecuente con lo anterior, el Despacho resolvió denegar las pretensiones de la demanda, al no haberse desvirtuado la legalidad de los actos administrativos acusados.

1.3. Del recurso de apelación

La apoderada de la parte demandante sustenta como razones de inconformidad, las que a continuación se resumen:

Señala que la confianza legítima de la Administración de Justicia les otorga confianza real, material, lógica y jurídica de propiciar una acción, conforme al precedente jurisprudencial. Pues disponen todo el esfuerzo jurídico al momento de realizar los protocolos previos como solicitudes, conciliaciones y demandas coherentes que reúnan los requisitos exigidos por el CPACA.

Precisa, que el operador judicial debe observar en el presente proceso las sentencias de unificación que se presentaron posteriormente a la del año 2010, propiciándose inseguridad jurídica frente al caso, debido a la posición cambiante del Consejo de Estado.

Considera, que la seguridad jurídica como principio, se manifiesta de diferentes formas, en especial cuando hace tránsito a cosa juzgada, pues la autoridad que profiere una decisión no podrá pronunciarse en el futuro sobre la misma. Y excepcionalmente, lo podrá hacer cuando se da paso a la revisión o la nulidad de las actuaciones.

Aduce, que el Consejo de Estado con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 contradice cabalmente la sentencia de unificación emitida por esa misma sección el 04 de agosto de 2010, sin argumentos objetivos, proporcionales y claros, afectando la seguridad jurídica y vulnerando los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales.

Le causa extrañeza el por qué el Consejo de Estado emite una nueva sentencia de unificación afectando los derechos de las personas, pese a que existe una emitida en el año 2010 sobre el mismo tema. No existe seguridad jurídica para la persona que demandó años anteriores a la expedición de la sentencia del 25 de abril de 2019, con la esperanza de que su pensión le fuera reliquidada o liquidada conforme a lo establece la sentencia del 04 de agosto de 2010, pero que, en razón a la congestión judicial, con un cambio en la sentencia de unificación en el año 2019, no le vayan a reconocer sus derechos, vulnerando la confianza legítima que tenía en el Estado y la seguridad jurídica.

Destaca, que el juez de instancia debe analizar como reguló la Ley 91 de 1989 los aportes al Fondo Prestacional del Magisterio, que se hacen para el reconocimiento de las pensiones de los docentes del Magisterio, puesto que, los docentes vinculados al FNPSM con anterioridad al 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la Ley y teniendo de presente que las autoridades administrativas hacen caso omiso a lo preceptuado.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia

El recurso de apelación presentado fue admitido mediante auto de fecha 09 de septiembre de 2019 (fl. 77) y por considerarse innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, mediante auto adiado 31 de octubre de 2019 (fl. 82) se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito.

1.4.2. De los alegatos de conclusión

1.4.2.1. De la parte demandante.

Reitera lo argumentado en el recurso de apelación y adicionalmente manifiesta que para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a los empleados del sector oficial, se les debe liquidar el monto de su pensión teniendo en cuenta el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio.

Precisa, que la prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y los sobresueldos de los Directivos docentes, son factores salariales regulados por los Decretos 1381 de 1997 y 1045 de 1978, razón por la cual, se hace procedente su inclusión.

Pone de presente, que la parte demandante consolidó su derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, por lo que se deben incluir todos los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación del reconocimiento pensional.

Considera que la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 es regresiva, produciéndose una vulneración de los derechos fundamentales de aquellas personas que se encontraban cobijadas por la sentencia del año 2010 del Consejo de Estado.

1.4.2.2. De la entidad demandada

No presentó alegatos.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

2.1. Problema jurídico

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad se contrae a determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta de fecha 28 de junio de 2019, mediante la cual se decidió denegar las pretensiones de la demanda, o por el contrario, son procedentes los reparos de la parte recurrente?

2.2. Régimen pensional de los docentes

La Sala considera necesario precisar que vistos los artículos 279 de la Ley 100 de 1993 y 81 de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo a partir de la entrada en vigencia de esta norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 se les aplican las disposiciones anteriores, excepto en lo que resulte procedente

atendiendo al principio de favorabilidad laboral. Este mandato fue ratificado por el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 22 de julio 2005³⁰, así:

“[...] **PARÁGRAFO TRANSITORIO 1.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 [...]”.

En el presente caso, comoquiera que el demandante estuvo vinculado al servicio docente desde 1971 se le aplica el régimen establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, la Ley 91 de 1989, que en su artículo 15, señaló:

“[...] A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley [...]”.

Asimismo, el artículo 3º del Decreto 2277 de 1979, dispone que los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional o territorial, son empleados oficiales de régimen especial; y, en cuanto al régimen pensional, los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, como es el caso del actor, están sometidos a lo regulado en las Leyes 33 y 63 de 1985, el cual, en su artículo 3º estableció los factores que deben servir para determinar la base de liquidación.

Sobre los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, dicha normatividad previó en su artículo 3:

*“**Artículo 3.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” *Resalta la Sala*

La Ley 62 de 1985, por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, agregó a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidar la pensión de pensión, las primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación.

“Artículo 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

(...).¹”

2.3. Los efectos de la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Exp. 680012333000201500569-01.

El honorable Consejo de Estado, según tesis mayoritaria de la Sala Plena de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, había considerado que para adoptar el ingreso base de liquidación, debían tenerse en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el reclamante durante el último año de servicio, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Pese a ello, a propósito de la controversia que se suscitó a raíz del pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-253 de 2015 y posteriores, relacionada con la aplicación del Ingreso Base de liquidación IBL a los servidores beneficiarios del **régimen de transición**, es decir, el periodo que se toma en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, el Consejo de Estado, fijó varias subreglas en la sentencia de Importancia Jurídica de fecha 28 de agosto de 2018, en la cual se hicieron algunas precisiones atinentes a la forma de liquidar el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985, y se recogió

¹ Ley 62 de 1985.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

la postura interpretativa acogida por la Subsección B del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, indicando:

“(...)

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cubre a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989². Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición. (...)

(...) 96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. (...)”.

Del análisis de la sentencia en cita, advierte esta Colegiatura, que el Consejo de Estado varió el criterio interpretativo que inicialmente había planteado la Sala Plena en la sentencia del 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, en donde se aludía a la no taxatividad de los factores salariales, para en su lugar, considerar que los factores salariales que conforman la base de liquidación, son aquellos enlistados en la Ley. Así mismo, consideró que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

² Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

Nótese, que en la sentencia de importancia jurídica traída a colación, se señaló, que la regla establecida en dicha providencia, así como la primera subregla, no cobijaba a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989.

Sin embargo, dada la incertidumbre generada en torno a los factores salariales que debían incluirse en el ingreso base para liquidar la pensión de los docentes, el Consejo de Estado, profirió la **sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, exp. 680012333000201500569-01**, en la que analizó: (i) el régimen pensional de los docentes a los cuales se le aplica la Ley 33 de 1985, es decir, los vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y (ii) el régimen aplicable a aquellos cobijados por el régimen de prima media con prestación definida, vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Como en el caso que nos interesa, se trata de docentes vinculados antes de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se hará alusión a las precisas reglas fijadas dentro de éste supuesto por el Consejo de Estado, así:

(i) Sobre los docentes a los que se le aplica la Ley 33 de 1985

(...)

*51. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.*

*52. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.***

(...)

58. En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

59. En la sentencia del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y fijó dentro de las subreglas la siguiente:

“La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones”.

(...)

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

- **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

(...)

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985. (...)

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%

Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. (...)**”

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenando la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, esta Colegiatura cambió la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

3. Análisis del caso concreto

La parte actora solicitó en la demanda, que como consecuencia de la nulidad parcial de la resolución No. 0288 del 20 de junio de 2016, se ordenara el reajuste de la pensión de jubilación reconocida a su favor, con la inclusión de todos de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a adquirir el estatus de pensionado.

El A-quo mediante sentencia del 28 de junio de 2019, negó las pretensiones de la demanda, al no haberse desvirtuado la legalidad de los actos administrativos acusados.

La parte demandante apeló la decisión de instancia, señalando que se vulneran los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e igualdad, puesto que la Administración de Justicia les otorgó una confianza real, material, lógica y jurídica de propiciar una acción, conforme al precedente jurisprudencial vigente, es decir, se presentaron las demandas antes del año 2010 y el Consejo de Estado con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 contradice cabalmente la sentencia de unificación emitida por esa misma Sección el 04 de agosto de 2010, sin argumentos objetivos, proporcionales y claros, afectando la seguridad jurídica y vulnerando los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales.

Pues bien, primigeniamente debe la Sala señalar frente a la inaplicación del precedente contenido en la sentencia del 4 de agosto de 2010, que pese a que muchos demandantes presentaron los reclamos administrativos y demandas judiciales con la aspiración de que se diera aplicación a dicha sentencia, esas expectativas de un fallo estimatorio de sus pretensiones, no se pueden traducir en el amparo del principio de seguridad jurídica, menos aun cuando se trataba de pleitos pendientes de resolución judicial.

En efecto, tenemos que en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, se fijaron los efectos de la decisión, en el siguiente sentido:

“2. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

3. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

4. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que sí se llegare a interponer un recurso

extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.”

Precisamente en la decisión se protegió el principio de seguridad jurídica, señalándose que en aquellos casos en los que hubiere operado cosa juzgada, las decisiones resultan inmodificables. Empero, en los casos pendientes de solución en vía administrativa y judicial operan las reglas fijadas en el cambio jurisprudencial en materia docente, por lo que la Sala considera que dichos argumentos del recurso de apelación no tienen vocación de prosperidad.

Así las cosas, frente a la procedencia del reajuste de la pensión de jubilación en el caso concreto, la Sala aplicará las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 proferida por el honorable Consejo de Estado, en la cual se indicó que solo deben conformar la base de liquidación pensional los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985.

De la revisión de las pruebas obrantes en el expediente, se denota lo siguiente:

- Mediante la resolución No. 0288 del 20 de junio de 2016, se ordenó el pago de una pensión de jubilación con la inclusión de los siguientes factores base de la liquidación: (i) Promedio asignación mensual último año; (ii) Bonificación Dcto. 1566 1/06/2014; (iii) Alimentación; (iv) 1/12 Prima de vacaciones y (v) 1/2 Prima de navidad.

- Que conforme al Certificado de salarios visto a folio 15 a 17, se certifica que el demandante devengó los siguientes emolumentos en el último año de servicios: (i) Asignación Básica; (ii) Prima de Navidad; (iii) Prima de vacaciones; (iv) Prima de servicios y (v) Bonificación mensual 1/junio/14-31/dic/15.

Pues bien, el demandante en su condición de docente vinculado al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985³, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Lo que quiere decir, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado fecha 25 de abril de 2019, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, solo son aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- Asignación básica mensual
- Gastos de representación
- Prima técnica, cuando sea factor de salario
- Primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- Remuneración por trabajo dominical o festivo
- Bonificación por servicios prestados
- Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

Por lo tanto, en la base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes no se pueden tomar en cuenta los factores que no se encuentren enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985. De las pruebas tenemos:

Factores salariales certificados en el último año de servicios	Factores Salariales que hacen parte de la base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes
Asignación básica	Asignación básica

³ El actor consolidó su estatus en el año 2015.

Bonif. Dc 1566 1 junio/2014	Gastos de representación
Prima de navidad	
Prima de servicios	Primas de antigüedad, técnica, ascensional de capacitación
	Dominicales y feriados
	Horas extras
Prima de vacaciones	
	Bonificación por servicios prestados
	Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio

De la lista de factores certificados como devengados por el demandante en el último año de servicios y la comparación que se hiciera entre dicho certificado y el acto administrativo mediante el cual se reconoció la pensión de jubilación, evidenciamos que los factores salariales faltantes en la liquidación de la pensión de jubilación según el demandante, no se encuentran expresamente enlistados en la Ley 62 de 1985.

En consecuencia, la respuesta al problema jurídico planteado, es que se debe confirmar la sentencia apelada que denegó las pretensiones de la demanda, puesto que, los factores salariales que pretende la parte actora sean incluidos en la base de liquidación pensional no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no hará manifestación alguna sobre la procedencia o no de los factores salariales incluidos en los actos de reconocimiento y reajuste pensional por la administración, toda vez, que dicho aspecto no fue objeto de controversia a través de este medio de control y en tal sentido opera la presunción de legalidad.

4. De la condena en costas

La Sala se abstendrá de condenar a la parte vencida en el proceso en segunda instancia, puesto que fue a partir del criterio jurisprudencial fijado por el honorable Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, que el Consejo de Estado rectificó la interpretación jurisprudencial aplicable a los presentes casos, lo que indudable conlleva a que esta Colegiatura se abstenga de dar aplicación a lo normado en el 4 del artículo 365 del CGP, máxime cuando se advierte una actitud desprovista de actuaciones abusivas y que adicionalmente no se comprobaron la causación de las costas procesales.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, Sala de Decisión N° 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

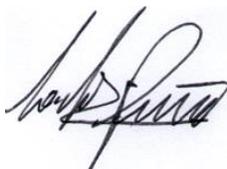
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintiocho (28) de junio de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión Virtual N° 003 del 18 de junio de 2020)



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado.-



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado.-



HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado.-



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)
Magistrado Ponente. **Dr. Carlos Mario Peña Díaz**

RADICADO : 54-001-33-33-0001-2018-00266-01
DEMANDANTE : MANUEL ALBERTO RAAD LEMUS
DEMANDADO : NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede a conocer el Tribunal Administrativo de Norte de Santander del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el día veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad parcial de la resolución No. 4687 del 21 de diciembre de 2017, a través de la cual se dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, sin incluir la totalidad de los factores salariales, y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada, reliquidar la pensión de jubilación a efectos de incluir en la base de liquidación la totalidad de los factores percibidos durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

1.2. Sentencia de primera instancia

Encontró el A-quo, que el demandante le es aplicable la Ley 33 de 1985, la cual estableció en su artículo 1° que para acceder a la pensión se debe contar con 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 años de edad.

Precisa, que de conformidad con la regla jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado en sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 de fecha 25 de abril de 2019, los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación que para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, de tal suerte, que los factores salariales base de la liquidación son aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con lo consagrado taxativamente en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Al analizar los requisitos de procedencia para el reconocimiento de factores dentro del primer régimen pensional, el Despacho encontró que ninguno de los factores salariales solicitados por el demandante se encuentran enlistados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, razón por la cual se consideró improcedente su reconocimiento.

Consecuente con lo anterior, el Despacho resolvió denegar las pretensiones de la demanda, al no haberse desvirtuado la legalidad de los actos administrativos acusados.

1.3. Del recurso de apelación

La apoderada de la parte demandante sustenta como razones de inconformidad, las que a continuación se resumen:

Señala que la confianza legítima de la Administración de Justicia les otorga confianza real, material, lógica y jurídica de propiciar una acción, conforme al precedente jurisprudencial. Pues disponen todo el esfuerzo jurídico al momento de realizar los protocolos previos como solicitudes, conciliaciones y demandas coherentes que reúnan los requisitos exigidos por el CPACA.

Precisa, que el operador judicial debe observar en el presente proceso las sentencias de unificación que se presentaron posteriormente a la del año 2010, propiciándose inseguridad jurídica frente al caso, debido a la posición cambiante del Consejo de Estado.

Considera, que la seguridad jurídica como principio, se manifiesta de diferentes formas, en especial cuando hace tránsito a cosa juzgada, pues la autoridad que profiere una decisión no podrá pronunciarse en el futuro sobre la misma. Y excepcionalmente, lo podrá hacer cuando se da paso a la revisión o la nulidad de las actuaciones.

Aduce, que el Consejo de Estado con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 contradice cabalmente la sentencia de unificación emitida por esa misma sección el 04 de agosto de 2010, sin argumentos objetivos, proporcionales y claros, afectando la seguridad jurídica y vulnerando los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales.

Le causa extrañeza el por qué el Consejo de Estado emite una nueva sentencia de unificación afectando los derechos de las personas, pese a que existe una emitida en el año 2010 sobre el mismo tema. No existe seguridad jurídica para la persona que demandó años anteriores a la expedición de la sentencia del 25 de abril de 2019, con la esperanza de que su pensión le fuera reliquidada o liquidada conforme a lo establece la sentencia del 04 de agosto de 2010, pero que, en razón a la congestión judicial, con un cambio en la sentencia de unificación en el año 2019, no le vayan a reconocer sus derechos, vulnerando la confianza legítima que tenía en el Estado y la seguridad jurídica.

Destaca, que el juez de instancia debe analizar como reguló la Ley 91 de 1989 los aportes al Fondo Prestacional del Magisterio, que se hacen para el reconocimiento de las pensiones de los docentes del Magisterio, puesto que, los docentes vinculados al FNPSM con anterioridad al 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la Ley y teniendo de presente que las autoridades administrativas hacen caso omiso a lo preceptuado.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia

El recurso de apelación presentado fue admitido mediante auto de fecha 09 de septiembre de 2019 (fl. 74) y por considerarse innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, mediante auto adiado 31 de octubre de 2019 (fl. 79) se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito.

1.4.2. De los alegatos de conclusión

1.4.2.1. De la parte demandante.

Reitera lo argumentado en el recurso de apelación y adicionalmente manifiesta que para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a los empleados del sector oficial, se les debe liquidar el monto de su pensión teniendo en cuenta el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio.

Precisa, que la prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y los sobresueldos de los Directivos docentes, son factores salariales regulados por los Decretos 1381 de 1997 y 1045 de 1978, razón por la cual, se hace procedente su inclusión.

Pone de presente, que la parte demandante consolidó su derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, por lo que se deben incluir todos los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación del reconocimiento pensional.

Considera que la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 es regresiva, produciéndose una vulneración de los derechos fundamentales de aquellas personas que se encontraban cobijadas por la sentencia del año 2010 del Consejo de Estado.

1.4.2.2. De la entidad demandada

Refiere que en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, se sentó jurisprudencia sobre los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación para los docentes afiliados al FOMAG, teniendo en cuenta cada uno de los regímenes aplicables, los cuales están condicionados a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial.

Bajo tal hermenéutica, la regla que rige el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes prevista en la Ley 33 de 1985 es el periodo de un año y únicamente los factores que se señalan en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985.

1.4.2.3. Ministerio Público

El representante del Ministerio público teniendo en cuentas las disposiciones constitucionales y legales, considera que el precedente jurisprudencial tiene carácter vinculante por tratarse de una sentencia de unificación, de tal manera señala que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de jubilación del accionante son aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones y que se encuentren en listados en la ley.

Por lo tanto, señala que no se desvirtuó la presunción de legalidad que cobija el acto administrativo demandado, por ende, considera que se debe mantener la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

2.1. Problema jurídico

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad se contrae a determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta de fecha 28 de junio de 2019, mediante la cual se decidió denegar las pretensiones de la demanda, o por el contrario, son procedentes los reparos de la parte recurrente?

2.2. Régimen pensional de los docentes

La Sala considera necesario precisar que vistos los artículos 279 de la Ley 100 de 1993 y 81 de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo a partir de la entrada en vigencia de esta norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 se les aplican las disposiciones anteriores, excepto en lo que resulte procedente atendiendo al principio de favorabilidad laboral. Este mandato fue ratificado por el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 22 de julio 2005³⁰, así:

“[...] **PARÁGRAFO TRANSITORIO 1.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 [...]”.

En el presente caso, comoquiera que el demandante estuvo vinculada al servicio docente desde 1994 se le aplica el régimen establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, la Ley 91 de 1989, que en su artículo 15, señaló:

“[...] A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley [...]”.

Asimismo, el artículo 3º del Decreto 2277 de 1979, dispone que los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional o territorial, son empleados oficiales de régimen especial; y, en cuanto al régimen pensional, los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, como es el caso del actor, están sometidos a lo regulado en las Leyes 33 y 63 de 1985, el cual, en su artículo 3º estableció los factores que deben servir para determinar la base de liquidación.

Sobre los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, dicha normatividad previó en su artículo 3:

“Artículo 3. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” *Resalta la Sala*

La Ley 62 de 1985, por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, agregó a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidar la pensión de pensión, las primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación.

“Artículo 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; **primas de antigüedad, técnica, ascensorial y de capacitación;** dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

(...).¹”

2.3. Los efectos de la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Exp. 680012333000201500569-01.

El honorable Consejo de Estado, según tesis mayoritaria de la Sala Plena de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, había

¹ Ley 62 de 1985.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma

considerado que para adoptar el ingreso base de liquidación, debían tenerse en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el reclamante durante el último año de servicio, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Pese a ello, a propósito de la controversia que se suscitó a raíz del pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-253 de 2015 y posteriores, relacionada con la aplicación del Ingreso Base de liquidación IBL a los servidores beneficiarios del **régimen de transición**, es decir, el periodo que se toma en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, el Consejo de Estado, fijó varias subreglas en la sentencia de Importancia Jurídica de fecha 28 de agosto de 2018, en la cual se hicieron algunas precisiones atinentes a la forma de liquidar el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985, y se recogió la postura interpretativa acogida por la Subsección B del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, indicando:

“(…)

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989². Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición. (...)

(...) 96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. (...)”.

anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”.

² Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

Del análisis de la sentencia en cita, advierte esta Colegiatura, que el Consejo de Estado varió el criterio interpretativo que inicialmente había planteado la Sala Plena en la sentencia del 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, en donde se aludía a la no taxatividad de los factores salariales, para en su lugar, considerar que los factores salariales que conforman la base de liquidación, son aquellos enlistados en la Ley. Así mismo, consideró que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Nótese, que en la sentencia de importancia jurídica traída a colación, se señaló, que la regla establecida en dicha providencia, así como la primera subregla, no cobijaba a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989.

Sin embargo, dada la incertidumbre generada en torno a los factores salariales que debían incluirse en el ingreso base para liquidar la pensión de los docentes, el Consejo de Estado, profirió la **sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, exp. 680012333000201500569-01**, en la que analizó: (i) el régimen pensional de los docentes a los cuales se le aplica la Ley 33 de 1985, es decir, los vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y (ii) el régimen aplicable a aquellos cobijados por el régimen de prima media con prestación definida, vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Como en el caso que nos interesa, se trata de docentes vinculados antes de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se hará alusión a las precisas reglas fijadas dentro de éste supuesto por el Consejo de Estado, así:

(i) Sobre los docentes a los que se le aplica la Ley 33 de 1985

“(…)

51. *En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.*

52. *Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.***

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

(...)

58. En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

59. En la sentencia del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y fijó dentro de las subreglas la siguiente:

“La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones”.

(...)

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

- **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

(...)

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985. (...)

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%

Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. (...)**”

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, esta Colegiatura cambió la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

3. Análisis del caso concreto

La parte actora solicitó en la demanda, que como consecuencia de la nulidad parcial de la resolución No. 4687 del 21 de diciembre de 2017, se ordenara el reajuste de la pensión de jubilación reconocida a su favor, con la inclusión de todos de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a adquirir el estatus de pensionado.

El A-quo mediante sentencia del 28 de junio de 2019, negó las pretensiones de la demanda, al no haberse desvirtuado la legalidad de los actos administrativos acusados.

La parte demandante apeló la decisión de instancia, señalando que se vulneran los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e igualdad, puesto que la Administración de Justicia les otorgó una confianza real, material, lógica y jurídica de propiciar una acción, conforme al precedente jurisprudencial vigente, es decir, se presentaron las demandas antes del año 2010 y el Consejo de Estado con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 contradice cabalmente la sentencia de unificación emitida por esa misma Sección el 04 de agosto de 2010, sin argumentos objetivos, proporcionales y claros, afectando la seguridad jurídica y vulnerando los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales.

Pues bien, primigeniamente debe la Sala señalar frente a la inaplicación del precedente contenido en la sentencia del 4 de agosto de 2010, que pese a que

muchos demandantes presentaron los reclamos administrativos y demandas judiciales con la aspiración de que se diera aplicación a dicha sentencia, esas expectativas de un fallo estimatorio de sus pretensiones, no se pueden traducir en el amparo del principio de seguridad jurídica, menos aun cuando se trataba de pleitos pendientes de resolución judicial.

En efecto, tenemos que en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, se fijaron los efectos de la decisión, en el siguiente sentido:

“2. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

3. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

4. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.”

Precisamente en la decisión se protegió el principio de seguridad jurídica, señalándose que en aquellos casos en los que hubiere operado cosa juzgada, las decisiones resultan inmodificables. Empero, en los casos pendientes de solución en vía administrativa y judicial operan las reglas fijadas en el cambio jurisprudencial en materia docente, por lo que la Sala considera que dichos argumentos del recurso de apelación no tienen vocación de prosperidad.

Así las cosas, frente a la procedencia del reajuste de la pensión de jubilación en el caso concreto, la Sala aplicará las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 proferida por el honorable Consejo de Estado, en la cual se indicó que solo deben conformar la base de liquidación pensional los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985.

De la revisión de las pruebas obrantes en el expediente, se denota lo siguiente:

- Mediante la resolución No. 4687 del 21 de diciembre de 2017, se ordenó el pago de una pensión de jubilación con la inclusión de los siguientes factores base de la liquidación: (i) Promedio asignación mensual último año; (ii) Bonificación Dcto. 1566 1/06/2014 y (iii) 1/12 Prima de vacaciones.

- Que conforme al Certificado de salarios visto a folio 14 a 16, se certifica que el demandante devengó los siguientes emolumentos en el último año de servicios: (i) Asignación Básica; (ii) Prima de Navidad; (iii) Prima de vacaciones; (iv) Prima de servicios y (v) Bonificación mensual 1/junio/14-31/dic/15.

Pues bien, el demandante en su condición de docente vinculado al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985³, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

³ El actor consolidó su estatus.

Lo que quiere decir, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado fecha 25 de abril de 2019, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, solo son aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- Asignación básica mensual
- Gastos de representación
- Prima técnica, cuando sea factor de salario
- Primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- Remuneración por trabajo dominical o festivo
- Bonificación por servicios prestados
- Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

Por lo tanto, en la base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes no se pueden tomar en cuenta los factores que no se encuentren enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985. De las pruebas tenemos:

Factores salariales certificados en el último año de servicios	Factores Salariales que hacen parte de la base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes
Asignación básica	Asignación básica
Bonif. Dc 1566 1 junio/2014	Gastos de representación
Prima de navidad	
Prima de servicios	Primas de antigüedad, técnica, ascensional de capacitación
	Dominicales y feriados
	Horas extras
Prima de vacaciones	
	Bonificación por servicios prestados
	Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio

De la lista de factores certificados como devengados por el demandante en el último año de servicios y la comparación que se hiciera entre dicho certificado y el acto administrativo mediante el cual se reconoció la pensión de jubilación, evidenciamos que los factores salariales faltantes en la liquidación de la pensión de jubilación según el demandante, no se encuentran expresamente enlistados en la Ley 62 de 1985.

En consecuencia, la respuesta al problema jurídico planteado, es que se debe confirmar la sentencia apelada que denegó las pretensiones de la demanda, puesto que, los factores salariales que pretende la parte actora sean incluidos en la base de liquidación pensional no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no hará manifestación alguna sobre la procedencia o no de los factores salariales incluidos en los actos de reconocimiento y reajuste pensional por la administración, toda vez, que dicho aspecto no fue objeto de controversia a través de este medio de control y en tal sentido opera la presunción de legalidad.

4. De la condena en costas

La Sala se abstendrá de condenar a la parte vencida en el proceso en segunda instancia, puesto que fue a partir del criterio jurisprudencial fijado por el honorable Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, que el Consejo de Estado rectificó la interpretación jurisprudencial aplicable a los presentes casos, lo que

indudable conlleva a que esta Colegiatura se abstenga de dar aplicación a lo normado en el 4 del artículo 365 del CGP, máxime cuando se advierte una actitud desprovista de actuaciones abusivas y que adicionalmente no se comprobaron la causación de las costas procesales.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, Sala de Decisión N° 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintiocho (28) de junio de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión N° 003 del 18 de junio de 2020)



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ

Magistrado.-



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ

Magistrado.-



HERNANDO AYALA PEÑARANDA

Magistrado.-



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)
Magistrado Ponente. **Dr. Carlos Mario Peña Díaz**

RADICADO : 54-001-33-33-0002-2018-00058-01
DEMANDANTE : LIGIA LEMUS SARMIENTO
DEMANDADO : NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede a conocer el Tribunal Administrativo de Norte de Santander del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el día veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad parcial de la resolución No. 1130 del 07 de marzo de 2014, a través de la cual se dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, sin incluir la totalidad de los factores salariales, y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada, reliquidar la pensión de jubilación a efectos de incluir en la base de liquidación la totalidad de los factores percibidos durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

1.2. Sentencia de primera instancia

Encontró el A-quo, que a la demandante le es aplicable la Ley 33 de 1985, la cual estableció en su artículo 1° que para acceder a la pensión se debe contar con 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 años de edad.

Precisa, que de conformidad con la regla jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado en sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 de fecha 25 de abril de 2019, los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación que para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, de tal suerte, que los factores salariales base de la liquidación son aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con lo consagrado taxativamente en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Al analizar los requisitos de procedencia para el reconocimiento de factores dentro del primer régimen pensional, el Despacho encontró que ninguno de los factores salariales solicitados por el demandante se encuentran enlistados en el artículo 1

de la Ley 62 de 1985, razón por la cual se consideró improcedente su reconocimiento.

Consecuente con lo anterior, el Despacho resolvió denegar las pretensiones de la demanda, al no haberse desvirtuado la legalidad de los actos administrativos acusados.

1.3. Del recurso de apelación

La apoderada de la parte demandante sustenta como razones de inconformidad, las que a continuación se resumen:

Señala que la confianza legítima de la Administración de Justicia les otorga confianza real, material, lógica y jurídica de propiciar una acción, conforme al precedente jurisprudencial. Pues disponen todo el esfuerzo jurídico al momento de realizar los protocolos previos como solicitudes, conciliaciones y demandas coherentes que reúnan los requisitos exigidos por el CPACA.

Precisa, que el operador judicial debe observar en el presente proceso las sentencias de unificación que se presentaron posteriormente a la del año 2010, propiciándose inseguridad jurídica frente al caso, debido a la posición cambiante del Consejo de Estado.

Considera, que la seguridad jurídica como principio, se manifiesta de diferentes formas, en especial cuando hace tránsito a cosa juzgada, pues la autoridad que profiere una decisión no podrá pronunciarse en el futuro sobre la misma. Y excepcionalmente, lo podrá hacer cuando se da paso a la revisión o la nulidad de las actuaciones.

Aduce, que el Consejo de Estado con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 contradice cabalmente la sentencia de unificación emitida por esa misma sección el 04 de agosto de 2010, sin argumentos objetivos, proporcionales y claros, afectando la seguridad jurídica y vulnerando los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales.

Le causa extrañeza el por qué el Consejo de Estado emite una nueva sentencia de unificación afectando los derechos de las personas, pese a que existe una emitida en el año 2010 sobre el mismo tema. No existe seguridad jurídica para la persona que demandó años anteriores a la expedición de la sentencia del 25 de abril de 2019, con la esperanza de que su pensión le fuera reliquidada o liquidada conforme a lo establece la sentencia del 04 de agosto de 2010, pero que, en razón a la congestión judicial, con un cambio en la sentencia de unificación en el año 2019, no le vayan a reconocer sus derechos, vulnerando la confianza legítima que tenía en el Estado y la seguridad jurídica.

Destaca, que el juez de instancia debe analizar como reguló la Ley 91 de 1989 los aportes al Fondo Prestacional del Magisterio, que se hacen para el reconocimiento de las pensiones de los docentes del Magisterio, puesto que, los docentes vinculados al FNPSM con anterioridad al 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la Ley y teniendo de presente que las autoridades administrativas hacen caso omiso a lo preceptuado.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia

El recurso de apelación presentado fue admitido mediante auto de fecha 30 de agosto de 2019 (fl. 117) y por considerarse innecesaria la audiencia de alegaciones

y juzgamiento, mediante auto adiado 24 de octubre de 2019 (fl. 122) se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito.

1.4.2. De los alegatos de conclusión

1.4.2.1. De la parte demandante.

Reitera lo argumentado en el recurso de apelación y adicionalmente manifiesta que para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a los empleados del sector oficial, se les debe liquidar el monto de su pensión teniendo en cuenta el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio.

Precisa, que la prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y los sobresueldos de los Directivos docentes, son factores salariales regulados por los Decretos 1381 de 1997 y 1045 de 1978, razón por la cual, se hace procedente su inclusión.

Pone de presente, que la parte demandante consolidó su derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, por lo que se deben incluir todos los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación del reconocimiento pensional.

Considera que la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 es regresiva, produciéndose una vulneración de los derechos fundamentales de aquellas personas que se encontraban cobijadas por la sentencia del año 2010 del Consejo de Estado.

1.4.2.2. De la entidad demandada

Refiere que en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, se sentó jurisprudencia sobre los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación para los docentes afiliados al FOMAG, tenido en cuenta cada uno de los regímenes aplicables, los cuales están condicionados a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial.

Bajo tal hermenéutica, la regla que rige el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes prevista en la Ley 33 de 1985 es el periodo de un año y únicamente los factores que se señalan en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

2.1. Problema jurídico

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad se contrae a determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta de fecha 29 de mayo de 2019, mediante la cual se decidió denegar las pretensiones de la demanda, o por el contrario, son procedentes los reparos de la parte recurrente?

2.2. Régimen pensional de los docentes

La Sala considera necesario precisar que vistos los artículos 279 de la Ley 100 de 1993 y 81 de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, las personas vinculadas al servicio

educativo a partir de la entrada en vigencia de esta norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 se les aplican las disposiciones anteriores, excepto en lo que resulte procedente atendiendo al principio de favorabilidad laboral. Este mandato fue ratificado por el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 22 de julio 2005³⁰, así:

“[...] **PARÁGRAFO TRANSITORIO 1.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 [...]”.

En el presente caso, comoquiera que la demandante estuvo vinculada al servicio docente desde 1986 se le aplica el régimen establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, la Ley 91 de 1989, que en su artículo 15, señaló:

“[...] A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley [...]”.

Asimismo, el artículo 3º del Decreto 2277 de 1979, dispone que los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional o territorial, son empleados oficiales de régimen especial; y, en cuanto al régimen pensional, los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, como es el caso de la actora, están sometidos a lo regulado en las Leyes 33 y 63 de 1985, el cual, en su artículo 3º estableció los factores que deben servir para determinar la base de liquidación.

Sobre los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, dicha normatividad previó en su artículo 3:

*“**Artículo 3.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.
Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima*

técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” *Resalta la Sala*

La Ley 62 de 1985, por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, agregó a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidar la pensión de pensión, las primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación.

“Artículo 1o. *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensorial y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

(...).¹”

2.3. Los efectos de la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Exp. 680012333000201500569-01.

El honorable Consejo de Estado, según tesis mayoritaria de la Sala Plena de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, había considerado que para adoptar el ingreso base de liquidación, debían tenerse en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el reclamante durante el último año de servicio, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Pese a ello, a propósito de la controversia que se suscitó a raíz del pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-253 de 2015 y posteriores, relacionada con la aplicación del Ingreso Base de liquidación IBL a los servidores beneficiarios del **régimen de transición**, es decir, el periodo que se toma en cuenta al promediar

¹ Ley 62 de 1985.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

el ingreso base para fijar el monto pensional, el Consejo de Estado, fijó varias subreglas en la sentencia de Importancia Jurídica de fecha 28 de agosto de 2018, en la cual se hicieron algunas precisiones atinentes a la forma de liquidar el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985, y se recogió la postura interpretativa acogida por la Subsección B del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, indicando:

“(...)

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989². Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición. (...)

(...) 96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. (...)”

Del análisis de la sentencia en cita, advierte esta Colegiatura, que el Consejo de Estado varió el criterio interpretativo que inicialmente había planteado la Sala Plena en la sentencia del 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, en donde se aludía a la no taxatividad de los factores salariales, para en su lugar, considerar que los factores salariales que conforman la base de liquidación, son aquellos enlistados en la Ley. Así mismo, consideró que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

² Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Nótese, que en la sentencia de importancia jurídica traída a colación, se señaló, que la regla establecida en dicha providencia, así como la primera subregla, no cobijaba a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989.

Sin embargo, dada la incertidumbre generada en torno a los factores salariales que debían incluirse en el ingreso base para liquidar la pensión de los docentes, el Consejo de Estado, profirió la **sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, exp. 680012333000201500569-01**, en la que analizó: (i) el régimen pensional de los docentes a los cuales se le aplica la Ley 33 de 1985, es decir, los vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y (ii) el régimen aplicable a aquellos cobijados por el régimen de prima media con prestación definida, vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Como en el caso que nos interesa, se trata de docentes vinculados antes de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se hará alusión a las precisas reglas fijadas dentro de éste supuesto por el Consejo de Estado, así:

(i) Sobre los docentes a los que se le aplica la Ley 33 de 1985

(...)

*51. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.*

*52. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.***

(...)

58. En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

59. En la sentencia del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y fijó dentro de las subreglas la siguiente:

“La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones”.

(...)

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

- **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

(...)

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985. (...)

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%

Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. (...)**

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, esta Colegiatura cambió la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

3. Análisis del caso concreto

La parte actora solicitó en la demanda, que como consecuencia de la nulidad parcial de la resolución No. 1130 del 07 de marzo de 2014, se ordenara el reajuste de la pensión de jubilación reconocida a su favor, con la inclusión de todos de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a adquirir el estatus de pensionada.

El A-quo mediante sentencia del 29 de mayo de 2019, negó las pretensiones de la demanda, al no haberse desvirtuado la legalidad de los actos administrativos acusados.

La parte demandante apeló la decisión de instancia, señalando que se vulneran los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e igualdad, puesto que la Administración de Justicia les otorgó una confianza real, material, lógica y jurídica de propiciar una acción, conforme al precedente jurisprudencial vigente, es decir, se presentaron las demandas antes del año 2010 y el Consejo de Estado con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 contradice cabalmente la sentencia de unificación emitida por esa misma Sección el 04 de agosto de 2010, sin argumentos objetivos, proporcionales y claros, afectando la seguridad jurídica y vulnerando los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales.

Pues bien, primigeniamente debe la Sala señalar frente a la inaplicación del precedente contenido en la sentencia del 4 de agosto de 2010, que pese a que muchos demandantes presentaron los reclamos administrativos y demandas judiciales con la aspiración de que se diera aplicación a dicha sentencia, esas expectativas de un fallo estimatorio de sus pretensiones, no se pueden traducir en el amparo del principio de seguridad jurídica, menos aun cuando se trataba de pleitos pendientes de resolución judicial.

En efecto, tenemos que en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, se fijaron los efectos de la decisión, en el siguiente sentido:

“2. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

3. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

4. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron

con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.”

Precisamente en la decisión se protegió el principio de seguridad jurídica, señalándose que en aquellos casos en los que hubiere operado cosa juzgada, las decisiones resultan inmodificables. Empero, en los casos pendientes de solución en vía administrativa y judicial operan las reglas fijadas en el cambio jurisprudencial en materia docente, por lo que la Sala considera que dichos argumentos del recurso de apelación no tienen vocación de prosperidad.

Así las cosas, frente a la procedencia del reajuste de la pensión de jubilación en el caso concreto, la Sala aplicará las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 proferida por el honorable Consejo de Estado, en la cual se indicó que solo deben conformar la base de liquidación pensional los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985.

De la revisión de las pruebas obrantes en el expediente, se denota lo siguiente:

- Mediante la resolución No. 0988 del 30 de noviembre de 2017, se ordenó el pago de una pensión de jubilación con la inclusión de los siguientes factores base de la liquidación: (i) Promedio asignación mensual último año y (ii) 1/12 Prima de vacaciones.

- Que conforme al Certificado de salarios visto a folio 14 a 16, se certifica que la demandante devengó los siguientes emolumentos en el último año de servicios: (i) Asignación Básica; (ii) Prima de Navidad; y (iii) Prima de vacaciones docentes.

Pues bien, la demandante en su condición de docente vinculada al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985³, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Lo que quiere decir, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado fecha 25 de abril de 2019, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, solo son aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- Asignación básica mensual
- Gastos de representación
- Prima técnica, cuando sea factor de salario
- Primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- Remuneración por trabajo dominical o festivo
- Bonificación por servicios prestados
- Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

Por lo tanto, en la base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes no se pueden tomar en cuenta los factores que no se encuentren enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985. De las pruebas tenemos:

Factores salariales certificados en el último año de servicios	Factores Salariales que hacen parte de la base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes
Asignación básica	Asignación básica
	Gastos de representación

³ La actora consolidó su estatus.

Prima de navidad	
	Primas de antigüedad, técnica, ascensionales y de capacitación
	Dominicales y feriados
	Horas extras
Prima de vacaciones docentes	
	Bonificación por servicios prestados
	Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio

De la lista de factores certificados como devengados por la demandante en el último año de servicios y la comparación que se hiciera entre dicho certificado y el acto administrativo mediante el cual se reconoció la pensión de jubilación, evidenciamos que los factores salariales faltantes en la liquidación de la pensión de jubilación según la demandante, no se encuentran expresamente enlistados en la Ley 62 de 1985.

En consecuencia, la respuesta al problema jurídico planteado, es que se debe confirmar la sentencia apelada que denegó las pretensiones de la demanda, puesto que, los factores salariales que pretende la parte actora sean incluidos en la base de liquidación pensional no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no hará manifestación alguna sobre la procedencia o no de los factores salariales incluidos en los actos de reconocimiento y reajuste pensional por la administración, toda vez, que dicho aspecto no fue objeto de controversia a través de este medio de control y en tal sentido opera la presunción de legalidad.

4. De la condena en costas

La Sala se abstendrá de condenar a la parte vencida en el proceso en segunda instancia, puesto que fue a partir del criterio jurisprudencial fijado por el honorable Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, que el Consejo de Estado rectificó la interpretación jurisprudencial aplicable a los presentes casos, lo que indudable conlleva a que esta Colegiatura se abstenga de dar aplicación a lo normado en el 4 del artículo 365 del CGP, máxime cuando se advierte una actitud desprovista de actuaciones abusivas y que adicionalmente no se comprobaron la causación de las costas procesales.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, Sala de Decisión N° 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

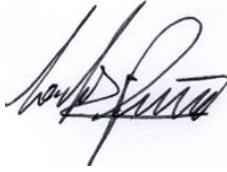
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintinueve (29) de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión N° 003 del 18 de junio de 2020)



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado.-



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado.-



HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado.-



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)
Magistrado Ponente. **Dr. Carlos Mario Peña Díaz**

RADICADO : 54-001-33-33-0006-2017-00133-01
DEMANDANTE : HÉCTOR DÍAZ MANTILLA
DEMANDADO : NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede a conocer el Tribunal Administrativo de Norte de Santander del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el día veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad parcial de la resolución No. 0423 de fecha 30 de agosto de 2016, a través de la cual se dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, sin incluir la totalidad de los factores salariales, y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada, reliquidar la pensión de jubilación a efectos de incluir en la base de liquidación la totalidad de los factores percibidos durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

1.2. Sentencia de primera instancia

Encontró el A-quo, que el demandante le es aplicable la Ley 33 de 1985, la cual estableció en su artículo 1° que para acceder a la pensión se debe contar con 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 años de edad.

Precisa, que de conformidad con la regla jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado en sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 de fecha 25 de abril de 2019, los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación que para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, de tal suerte, que los factores salariales base de la liquidación son aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con lo consagrado taxativamente en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Al analizar los requisitos de procedencia para el reconocimiento de factores dentro del primer régimen pensional, el Despacho encontró que ninguno de los factores salariales solicitados por el demandante se encuentran enlistados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, razón por la cual se consideró improcedente su reconocimiento.

Consecuente con lo anterior, el Despacho resolvió denegar las pretensiones de la demanda, al no haberse desvirtuado la legalidad de los actos administrativos acusados.

1.3. Del recurso de apelación

La apoderada de la parte demandante sustenta como razones de inconformidad, las que a continuación se resumen:

Señala que la confianza legítima de la Administración de Justicia les otorga confianza real, material, lógica y jurídica de propiciar una acción, conforme al precedente jurisprudencial. Pues disponen todo el esfuerzo jurídico al momento de realizar los protocolos previos como solicitudes, conciliaciones y demandas coherentes que reúnan los requisitos exigidos por el CPACA.

Precisa, que el operador judicial debe observar en el presente proceso las sentencias de unificación que se presentaron posteriormente a la del año 2010, propiciándose inseguridad jurídica frente al caso, debido a la posición cambiante del Consejo de Estado.

Considera, que la seguridad jurídica como principio, se manifiesta de diferentes formas, en especial cuando hace tránsito a cosa juzgada, pues la autoridad que profiere una decisión no podrá pronunciarse en el futuro sobre la misma. Y excepcionalmente, lo podrá hacer cuando se da paso a la revisión o la nulidad de las actuaciones.

Aduce, que el Consejo de Estado con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 contradice cabalmente la sentencia de unificación emitida por esa misma sección el 04 de agosto de 2010, sin argumentos objetivos, proporcionales y claros, afectando la seguridad jurídica y vulnerando los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales.

Le causa extrañeza el por qué el Consejo de Estado emite una nueva sentencia de unificación afectando los derechos de las personas, pese a que existe una emitida en el año 2010 sobre el mismo tema. No existe seguridad jurídica para la persona que demandó años anteriores a la expedición de la sentencia del 25 de abril de 2019, con la esperanza de que su pensión le fuera reliquidada o liquidada conforme a lo establece la sentencia del 04 de agosto de 2010, pero que, en razón a la congestión judicial, con un cambio en la sentencia de unificación en el año 2019, no le vayan a reconocer sus derechos, vulnerando la confianza legítima que tenía en el Estado y la seguridad jurídica.

Destaca, que el juez de instancia debe analizar como reguló la Ley 91 de 1989 los aportes al Fondo Prestacional del Magisterio, que se hacen para el reconocimiento de las pensiones de los docentes del Magisterio, puesto que, los docentes vinculados al FNPSM con anterioridad al 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la Ley y teniendo de presente que las autoridades administrativas hacen caso omiso a lo preceptuado.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia

El recurso de apelación presentado fue admitido mediante auto de fecha 09 de septiembre de 2019 (fl. 162) y por considerarse innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, mediante auto adiado 31 de octubre de 2019 (fl. 167) se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito.

1.4.2. De los alegatos de conclusión

1.4.2.1. De la parte demandante.

Reitera lo argumentado en el recurso de apelación y adicionalmente manifiesta que para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a los empleados del sector oficial, se les debe liquidar el monto de su pensión teniendo en cuenta el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio.

Precisa, que la prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y los sobresueldos de los Directivos docentes, son factores salariales regulados por los Decretos 1381 de 1997 y 1045 de 1978, razón por la cual, se hace procedente su inclusión.

Pone de presente, que la parte demandante consolidó su derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, por lo que se deben incluir todos los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación del reconocimiento pensional.

Considera que la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 es regresiva, produciéndose una vulneración de los derechos fundamentales de aquellas personas que se encontraban cobijadas por la sentencia del año 2010 del Consejo de Estado.

1.4.2.2. De la entidad demandada

Refiere que en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, se sentó jurisprudencia sobre los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación para los docentes afiliados al FOMAG, teniendo en cuenta cada uno de los regímenes aplicables, los cuales están condicionados a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial.

Bajo tal hermenéutica, la regla que rige el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes prevista en la Ley 33 de 1985 es el periodo de un año y únicamente los factores que se señalan en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

2.1. Problema jurídico

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad se contrae a determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta de fecha 28 de junio de 2019, mediante la cual se decidió denegar las pretensiones de la demanda, o por el contrario, son procedentes los reparos de la parte recurrente?

2.2. Régimen pensional de los docentes

La Sala considera necesario precisar que vistos los artículos 279 de la Ley 100 de 1993 y 81 de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo a partir de la entrada en vigencia de esta norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 se les aplican las disposiciones anteriores, excepto en lo que resulte procedente atendiendo al principio de favorabilidad laboral. Este mandato fue ratificado por el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 22 de julio 2005³⁰, así:

“[...] **PARÁGRAFO TRANSITORIO 1.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 [...]”.

En el presente caso, comoquiera que el demandante estuvo vinculada al servicio docente desde 1992 se le aplica el régimen establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, la Ley 91 de 1989, que en su artículo 15, señaló:

“[...] A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley [...]”.

Asimismo, el artículo 3º del Decreto 2277 de 1979, dispone que los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional o territorial, son empleados oficiales de régimen especial; y, en cuanto al régimen pensional, los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, como es el caso de el actor, están sometidos a lo regulado en las Leyes 33 y 63 de 1985, el cual, en su artículo 3º estableció los factores que deben servir para determinar la base de liquidación.

Sobre los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, dicha normatividad previó en su artículo 3:

*“**Artículo 3.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*”

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” *Resalta la Sala*

La Ley 62 de 1985, por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, agregó a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidar la pensión de pensión, las primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación.

“Artículo 1o. *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; **primas de antigüedad, técnica, ascensorial y de capacitación;** dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

(...).¹”

2.3. Los efectos de la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Exp. 680012333000201500569-01.

El honorable Consejo de Estado, según tesis mayoritaria de la Sala Plena de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, había considerado que para adoptar el ingreso base de liquidación, debían tenerse en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el reclamante durante el último año de servicio, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

¹ Ley 62 de 1985.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

Pese a ello, a propósito de la controversia que se suscitó a raíz del pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-253 de 2015 y posteriores, relacionada con la aplicación del Ingreso Base de liquidación IBL a los servidores beneficiarios del **régimen de transición**, es decir, el periodo que se toma en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, el Consejo de Estado, fijó varias subreglas en la sentencia de Importancia Jurídica de fecha 28 de agosto de 2018, en la cual se hicieron algunas precisiones atinentes a la forma de liquidar el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985, y se recogió la postura interpretativa acogida por la Subsección B del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, indicando:

“(...)

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989². Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición. (...)

(...) 96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. (...)”.

Del análisis de la sentencia en cita, advierte esta Colegiatura, que el Consejo de Estado varió el criterio interpretativo que inicialmente había planteado la Sala Plena en la sentencia del 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

² Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

Ardila, en donde se aludía a la no taxatividad de los factores salariales, para en su lugar, considerar que los factores salariales que conforman la base de liquidación, son aquellos enlistados en la Ley. Así mismo, consideró que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Nótese, que en la sentencia de importancia jurídica traída a colación, se señaló, que la regla establecida en dicha providencia, así como la primera subregla, no cobijaba a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989.

Sin embargo, dada la incertidumbre generada entorno a los factores salariales que debían incluirse en el ingreso base para liquidar la pensión de los docentes, el Consejo de Estado, profirió la **sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, exp. 680012333000201500569-01**, en la que analizó: (i) el régimen pensional de los docentes a los cuales se le aplica la Ley 33 de 1985, es decir, los vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y (ii) el régimen aplicable a aquellos cobijados por el régimen de prima media con prestación definida, vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Como en el caso que nos interesa, se trata de docentes vinculados antes de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se hará alusión a las precisas reglas fijadas dentro de éste supuesto por el Consejo de Estado, así:

(i) Sobre los docentes a los que se le aplica la Ley 33 de 1985

(...)

*51. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.*

*52. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.***

(...)

58. En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

59. En la sentencia del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y fijó dentro de las subreglas la siguiente:

“La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones”.

(...)

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

- **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

(...)

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985. (...)

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%

Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. (...)**”

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento

de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, esta Colegiatura cambió la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

3. Análisis del caso concreto

La parte actora solicitó en la demanda, que como consecuencia de la nulidad parcial de la resolución No. 0423 del 30 de agosto de 2016, se ordenara el reajuste de la pensión de jubilación reconocida a su favor, con la inclusión de todos de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a adquirir el estatus de pensionado.

El A-quo mediante sentencia del 28 de junio de 2019, negó las pretensiones de la demanda, al no haberse desvirtuado la legalidad de los actos administrativos acusados.

La parte demandante apeló la decisión de instancia, señalando que se vulneran los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e igualdad, puesto que la Administración de Justicia les otorgó una confianza real, material, lógica y jurídica de propiciar una acción, conforme al precedente jurisprudencial vigente, es decir, se presentaron las demandas antes del año 2010 y el Consejo de Estado con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 contradice cabalmente la sentencia de unificación emitida por esa misma Sección el 04 de agosto de 2010, sin argumentos objetivos, proporcionales y claros, afectando la seguridad jurídica y vulnerando los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales.

Pues bien, primigeniamente debe la Sala señalar frente a la inaplicación del precedente contenido en la sentencia del 4 de agosto de 2010, que pese a que muchos demandantes presentaron los reclamos administrativos y demandas judiciales con la aspiración de que se diera aplicación a dicha sentencia, esas expectativas de un fallo estimatorio de sus pretensiones, no se pueden traducir en el amparo del principio de seguridad jurídica, menos aun cuando se trataba de pleitos pendientes de resolución judicial.

En efecto, tenemos que en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, se fijaron los efectos de la decisión, en el siguiente sentido:

“2. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.”

3. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

4. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.”

Precisamente en la decisión se protegió el principio de seguridad jurídica, señalándose que en aquellos casos en los que hubiere operado cosa juzgada, las decisiones resultan inmodificables. Empero, en los casos pendientes de solución en vía administrativa y judicial operan las reglas fijadas en el cambio jurisprudencial en materia docente, por lo que la Sala considera que dichos argumentos del recurso de apelación no tienen vocación de prosperidad.

Así las cosas, frente a la procedencia del reajuste de la pensión de jubilación en el caso concreto, la Sala aplicará las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 proferida por el honorable Consejo de Estado, en la cual se indicó que solo deben conformar la base de liquidación pensional los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985.

De la revisión de las pruebas obrantes en el expediente, se denota lo siguiente:

- Mediante la resolución No. 0423 del 30 de agosto de 2016, se ordenó el pago de una pensión de jubilación con la inclusión de los siguientes factores base de la liquidación: (i) Promedio asignación mensual último año; (ii) Bonificación Dcto. 1566 1/06/2014 y (iii) 1/12 Prima de vacaciones.

- Que conforme al Certificado de salarios visto a folio 30 a 31, se certifica que el demandante devengó los siguientes emolumentos en el último año de servicios: (i) Asignación Básica; (ii) Prima de Navidad; (iii) Prima de vacaciones docentes; (iv) Prima de servicios; (v) Bonificación mensual 1/junio/14-31/dic/15 y (vi) Pago sueldo de vacaciones y/o receso escolar doc.

Pues bien, el demandante en su condición de docente vinculado al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985³, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Lo que quiere decir, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado fecha 25 de abril de 2019, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, solo son aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- Asignación básica mensual
- Gastos de representación
- Prima técnica, cuando sea factor de salario
- Primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- Remuneración por trabajo dominical o festivo
- Bonificación por servicios prestados
- Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

³ El actor consolidó su estatus.

Por lo tanto, en la base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes no se pueden tomar en cuenta los factores que no se encuentren enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985. De las pruebas tenemos:

Factores salariales certificados en el último año de servicios	Factores Salariales que hacen parte de la base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes
Asignación básica	Asignación básica
Bonif. Dc 1566 1 junio/2014	Gastos de representación
Prima de navidad	
Prima de servicios	Primas de antigüedad, técnica, ascensional de capacitación
	Dominicales y feriados
	Horas extras
Prima de vacaciones docentes	
	Bonificación por servicios prestados
Pago sueldo de vacaciones y/o receso escolar doc.	Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio

De la lista de factores certificados como devengados por el demandante en el último año de servicios y la comparación que se hiciera entre dicho certificado y el acto administrativo mediante el cual se reconoció la pensión de jubilación, evidenciamos que los factores salariales faltantes en la liquidación de la pensión de jubilación según el demandante, no se encuentran expresamente enlistados en la Ley 62 de 1985.

En consecuencia, la respuesta al problema jurídico planteado, es que se debe confirmar la sentencia apelada que denegó las pretensiones de la demanda, puesto que, los factores salariales que pretende la parte actora sean incluidos en la base de liquidación pensional no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no hará manifestación alguna sobre la procedencia o no de los factores salariales incluidos en los actos de reconocimiento y reajuste pensional por la administración, toda vez, que dicho aspecto no fue objeto de controversia a través de este medio de control y en tal sentido opera la presunción de legalidad.

4. De la condena en costas

La Sala se abstendrá de condenar a la parte vencida en el proceso en segunda instancia, puesto que fue a partir del criterio jurisprudencial fijado por el honorable Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, que el Consejo de Estado rectificó la interpretación jurisprudencial aplicable a los presentes casos, lo que indudable conlleva a que esta Colegiatura se abstenga de dar aplicación a lo normado en el 4 del artículo 365 del CGP, máxime cuando se advierte una actitud desprovista de actuaciones abusivas y que adicionalmente no se comprobaron la causación de las costas procesales.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, Sala de Decisión N° 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintiocho (28) de junio de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión N° 003 del 18 de junio de 2020)



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ

Magistrado.-



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ

Magistrado.-



HERNANDO AYALA PEÑARANDA

Magistrado.-



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)
Magistrado Ponente. **Dr. Carlos Mario Peña Díaz**

RADICADO : 54-001-33-33-0006-2017-00420-01
DEMANDANTE : VIRGILIO ROZO CABALLERO
DEMANDADO : NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede a conocer el Tribunal Administrativo de Norte de Santander del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el día veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad parcial de la resolución No. 0334 del 20 de abril de 2017, a través de la cual se dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, sin incluir la totalidad de los factores salariales, y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada, reliquidar la pensión de jubilación a efectos de incluir en la base de liquidación la totalidad de los factores percibidos durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

1.2. Sentencia de primera instancia

Encontró el A-quo, que el demandante le es aplicable la Ley 33 de 1985, la cual estableció en su artículo 1° que para acceder a la pensión se debe contar con 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 años de edad.

Precisa, que de conformidad con la regla jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado en sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 de fecha 25 de abril de 2019, los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación que para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, de tal suerte, que los factores salariales base de la liquidación son aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con lo consagrado taxativamente en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Al analizar los requisitos de procedencia para el reconocimiento de factores dentro del primer régimen pensional, el Despacho encontró que ninguno de los factores salariales solicitados por el demandante se encuentran enlistados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, razón por la cual se consideró improcedente su reconocimiento.

Consecuente con lo anterior, el Despacho resolvió denegar las pretensiones de la demanda, al no haberse desvirtuado la legalidad de los actos administrativos acusados.

1.3. Del recurso de apelación

La apoderada de la parte demandante sustenta como razones de inconformidad, las que a continuación se resumen:

Señala que la confianza legítima de la Administración de Justicia les otorga confianza real, material, lógica y jurídica de propiciar una acción, conforme al precedente jurisprudencial. Pues disponen todo el esfuerzo jurídico al momento de realizar los protocolos previos como solicitudes, conciliaciones y demandas coherentes que reúnan los requisitos exigidos por el CPACA.

Precisa, que el operador judicial debe observar en el presente proceso las sentencias de unificación que se presentaron posteriormente a la del año 2010, propiciándose inseguridad jurídica frente al caso, debido a la posición cambiante del Consejo de Estado.

Considera, que la seguridad jurídica como principio, se manifiesta de diferentes formas, en especial cuando hace tránsito a cosa juzgada, pues la autoridad que profiere una decisión no podrá pronunciarse en el futuro sobre la misma. Y excepcionalmente, lo podrá hacer cuando se da paso a la revisión o la nulidad de las actuaciones.

Aduce, que el Consejo de Estado con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 contradice cabalmente la sentencia de unificación emitida por esa misma sección el 04 de agosto de 2010, sin argumentos objetivos, proporcionales y claros, afectando la seguridad jurídica y vulnerando los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales.

Le causa extrañeza el por qué el Consejo de Estado emite una nueva sentencia de unificación afectando los derechos de las personas, pese a que existe una emitida en el año 2010 sobre el mismo tema. No existe seguridad jurídica para la persona que demandó años anteriores a la expedición de la sentencia del 25 de abril de 2019, con la esperanza de que su pensión le fuera reliquidada o liquidada conforme a lo establece la sentencia del 04 de agosto de 2010, pero que, en razón a la congestión judicial, con un cambio en la sentencia de unificación en el año 2019, no le vayan a reconocer sus derechos, vulnerando la confianza legítima que tenía en el Estado y la seguridad jurídica.

Destaca, que el juez de instancia debe analizar como reguló la Ley 91 de 1989 los aportes al Fondo Prestacional del Magisterio, que se hacen para el reconocimiento de las pensiones de los docentes del Magisterio, puesto que, los docentes vinculados al FNPSM con anterioridad al 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la Ley y teniendo de presente que las autoridades administrativas hacen caso omiso a lo preceptuado.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia

El recurso de apelación presentado fue admitido mediante auto de fecha 30 de agosto de 2019 (fl. 162) y por considerarse innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, mediante auto adiado 24 de octubre de 2019 (fl. 167) se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito.

1.4.2. De los alegatos de conclusión

1.4.2.1. De la parte demandante.

Reitera lo argumentado en el recurso de apelación y adicionalmente manifiesta que para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a los empleados del sector oficial, se les debe liquidar el monto de su pensión teniendo en cuenta el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio.

Precisa, que la prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y los sobresueldos de los Directivos docentes, son factores salariales regulados por los Decretos 1381 de 1997 y 1045 de 1978, razón por la cual, se hace procedente su inclusión.

Pone de presente, que la parte demandante consolidó su derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, por lo que se deben incluir todos los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación del reconocimiento pensional.

Considera que la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 es regresiva, produciéndose una vulneración de los derechos fundamentales de aquellas personas que se encontraban cobijadas por la sentencia del año 2010 del Consejo de Estado.

1.4.2.2. De la entidad demandada

Refiere que en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, se sentó jurisprudencia sobre los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación para los docentes afiliados al FOMAG, teniendo en cuenta cada uno de los regímenes aplicables, los cuales están condicionados a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial.

Bajo tal hermenéutica, la regla que rige el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes prevista en la Ley 33 de 1985 es el periodo de un año y únicamente los factores que se señalan en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

2.1. Problema jurídico

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad se contrae a determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta de fecha 28 de junio de 2019, mediante la cual se decidió denegar las pretensiones de la demanda, o por el contrario, son procedentes los reparos de la parte recurrente?

2.2. Régimen pensional de los docentes

La Sala considera necesario precisar que vistos los artículos 279 de la Ley 100 de 1993 y 81 de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo a partir de la entrada en vigencia de esta norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 se les aplican las disposiciones anteriores, excepto en lo que resulte procedente atendiendo al principio de favorabilidad laboral. Este mandato fue ratificado por el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 22 de julio 2005³⁰, así:

[...] PARÁGRAFO TRANSITORIO 1. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 [...].”

En el presente caso, comoquiera que el demandante estuvo vinculada al servicio docente desde 1973 se le aplica el régimen establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, la Ley 91 de 1989, que en su artículo 15, señaló:

[...] A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley [...].”

Asimismo, el artículo 3º del Decreto 2277 de 1979, dispone que los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional o territorial, son empleados oficiales de régimen especial; y, en cuanto al régimen pensional, los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, como es el caso de el actor, están sometidos a lo regulado en las Leyes 33 y 63 de 1985, el cual, en su artículo 3º estableció los factores que deben servir para determinar la base de liquidación.

Sobre los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, dicha normatividad previó en su artículo 3:

“Artículo 3. *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” *Resalta la Sala*

La Ley 62 de 1985, por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, agregó a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidar la pensión de pensión, las primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación.

“Artículo 1o. *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; **primas de antigüedad, técnica, ascensorial y de capacitación;** dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

*En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.
(...).¹”*

2.3. Los efectos de la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Exp. 680012333000201500569-01.

El honorable Consejo de Estado, según tesis mayoritaria de la Sala Plena de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, había considerado que para adoptar el ingreso base de liquidación, debían tenerse en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el reclamante durante

¹ Ley 62 de 1985.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

el último año de servicio, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Pese a ello, a propósito de la controversia que se suscitó a raíz del pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-253 de 2015 y posteriores, relacionada con la aplicación del Ingreso Base de liquidación IBL a los servidores beneficiarios del **régimen de transición**, es decir, el periodo que se toma en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, el Consejo de Estado, fijó varias subreglas en la sentencia de Importancia Jurídica de fecha 28 de agosto de 2018, en la cual se hicieron algunas precisiones atinentes a la forma de liquidar el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985, y se recogió la postura interpretativa acogida por la Subsección B del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, indicando:

“(…)

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989². Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición. (...)

(...) 96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. (...)”.

Del análisis de la sentencia en cita, advierte esta Colegiatura, que el Consejo de Estado varió el criterio interpretativo que inicialmente había planteado la Sala Plena en la sentencia del 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de *“igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral”* porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez *“será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”*.

² Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de *“igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral”* porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo

Ardila, en donde se aludía a la no taxatividad de los factores salariales, para en su lugar, considerar que los factores salariales que conforman la base de liquidación, son aquellos enlistados en la Ley. Así mismo, consideró que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Nótese, que en la sentencia de importancia jurídica traída a colación, se señaló, que la regla establecida en dicha providencia, así como la primera subregla, no cobijaba a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989.

Sin embargo, dada la incertidumbre generada en torno a los factores salariales que debían incluirse en el ingreso base para liquidar la pensión de los docentes, el Consejo de Estado, profirió la **sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, exp. 680012333000201500569-01**, en la que analizó: (i) el régimen pensional de los docentes a los cuales se le aplica la Ley 33 de 1985, es decir, los vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y (ii) el régimen aplicable a aquellos cobijados por el régimen de prima media con prestación definida, vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Como en el caso que nos interesa, se trata de docentes vinculados antes de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se hará alusión a las precisas reglas fijadas dentro de éste supuesto por el Consejo de Estado, así:

(i) Sobre los docentes a los que se le aplica la Ley 33 de 1985

(...)

*51. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.*

*52. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.***

(...)

58. En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

59. En la sentencia del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional, beneficiaria del régimen de transición previsto en el

esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez "será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados".

artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y fijó dentro de las subreglas la siguiente:

“La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones”.

(...)

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

- **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

(...)

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985. (...)

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%

Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y**

trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. (...)"

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, está Colegiatura cambió la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

3. Análisis del caso concreto

La parte actora solicitó en la demanda, que como consecuencia de la nulidad parcial de la resolución No. 0334 del 20 de abril de 2017, se ordenara el reajuste de la pensión de jubilación reconocida a su favor, con la inclusión de todos de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a adquirir el estatus de pensionado.

El A-quo mediante sentencia del 28 de junio de 2019, negó las pretensiones de la demanda, al no haberse desvirtuado la legalidad de los actos administrativos acusados.

La parte demandante apeló la decisión de instancia, señalando que se vulneran los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e igualdad, puesto que la Administración de Justicia les otorgó una confianza real, material, lógica y jurídica de propiciar una acción, conforme al precedente jurisprudencial vigente, es decir, se presentaron las demandas antes del año 2010 y el Consejo de Estado con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 contradice cabalmente la sentencia de unificación emitida por esa misma Sección el 04 de agosto de 2010, sin argumentos objetivos, proporcionales y claros, afectando la seguridad jurídica y vulnerando los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales.

Pues bien, primigeniamente debe la Sala señalar frente a la inaplicación del precedente contenido en la sentencia del 4 de agosto de 2010, que pese a que muchos demandantes presentaron los reclamos administrativos y demandas judiciales con la aspiración de que se diera aplicación a dicha sentencia, esas expectativas de un fallo estimatorio de sus pretensiones, no se pueden traducir en el amparo del principio de seguridad jurídica, menos aun cuando se trataba de pleitos pendientes de resolución judicial.

En efecto, tenemos que en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, se fijaron los efectos de la decisión, en el siguiente sentido:

"2. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas

jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

3. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

4. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.”

Precisamente en la decisión se protegió el principio de seguridad jurídica, señalándose que en aquellos casos en los que hubiere operado cosa juzgada, las decisiones resultan inmodificables. Empero, en los casos pendientes de solución en vía administrativa y judicial operan las reglas fijadas en el cambio jurisprudencial en materia docente, por lo que la Sala considera que dichos argumentos del recurso de apelación no tienen vocación de prosperidad.

Así las cosas, frente a la procedencia del reajuste de la pensión de jubilación en el caso concreto, la Sala aplicará las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 proferida por el honorable Consejo de Estado, en la cual se indicó que solo deben conformar la base de liquidación pensional los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985.

De la revisión de las pruebas obrantes en el expediente, se denota lo siguiente:

- Mediante la resolución No. 0334 del 20 de abril de 2017, se ordenó el pago de una pensión de jubilación con la inclusión de los siguientes factores base de la liquidación: (i) Promedio asignación mensual último año; (ii) Bonificación Dcto. 1566 1/06/2014; (iii) 1/12 Prima de vacaciones y (iv) 1/2 Prima de navidad.

- Que conforme al Certificado de salarios visto a folio 129 se certifica que el demandante devengó los siguientes emolumentos en el último año de servicios: (i) Asignación Básica; (ii) Asignación adicional coordinador 20%; (iii) Bonificación mensual 1/junio/14-31/dic/15; (iv) Pago sueldo de vacaciones y/o receso escolar doc.; (v) Prima de navidad; (vi) Prima de servicios y (vii) Prima de vacaciones docentes.

Pues bien, el demandante en su condición de docente vinculado al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985³, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Lo que quiere decir, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado fecha 25 de abril de 2019, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, solo son aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- Asignación básica mensual
- Gastos de representación
- Prima técnica, cuando sea factor de salario
- Primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario

³ El actor consolidó su estatus.

- Remuneración por trabajo dominical o festivo
- Bonificación por servicios prestados
- Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

Por lo tanto, en la base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes no se pueden tomar en cuenta los factores que no se encuentren enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985. De las pruebas tenemos:

Factores salariales certificados en el último año de servicios	Factores Salariales que hacen parte de la base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes
Asignación básica	Asignación básica
Bonif. Dc 1566 1 junio/2014	Gastos de representación
Prima de navidad	
Prima de servicios	Primas de antigüedad, técnica, ascensional de capacitación
Asignación adicional coordinador 20%	Dominicales y feriados
	Horas extras
Prima de vacaciones	
	Bonificación por servicios prestados
Pago sueldo de vacaciones y/o receso escolar doc.	Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio

De la lista de factores certificados como devengados por el demandante en el último año de servicios y la comparación que se hiciera entre dicho certificado y el acto administrativo mediante el cual se reconoció la pensión de jubilación, evidenciamos que los factores salariales faltantes en la liquidación de la pensión de jubilación según el demandante, no se encuentran expresamente enlistados en la Ley 62 de 1985.

En consecuencia, la respuesta al problema jurídico planteado, es que se debe confirmar la sentencia apelada que denegó las pretensiones de la demanda, puesto que, los factores salariales que pretende la parte actora sean incluidos en la base de liquidación pensional no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no hará manifestación alguna sobre la procedencia o no de los factores salariales incluidos en los actos de reconocimiento y reajuste pensional por la administración, toda vez, que dicho aspecto no fue objeto de controversia a través de este medio de control y en tal sentido opera la presunción de legalidad.

4. De la condena en costas

La Sala se abstendrá de condenar a la parte vencida en el proceso en segunda instancia, puesto que fue a partir del criterio jurisprudencial fijado por el honorable Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, que el Consejo de Estado rectificó la interpretación jurisprudencial aplicable a los presentes casos, lo que indudable conlleva a que esta Colegiatura se abstenga de dar aplicación a lo normado en el 4 del artículo 365 del CGP, máxime cuando se advierte una actitud desprovista de actuaciones abusivas y que adicionalmente no se comprobaron la causación de las costas procesales.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, Sala de Decisión N° 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintiocho (28) de junio de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión Virtual N° 003 del 18 de junio de 2020)



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ

Magistrado.-



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ

Magistrado.-



HERNANDO AYALA PEÑARANDA

Magistrado.-



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI

RADICADO:	54-001-33-33-004-2013-00437-01
ACCIONANTE:	HIGINIO PRADA
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**, mediante apoderado, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el **Juzgado Tercero Administrativo Oral de Cúcuta**, el **10 de agosto de 2018**.

1. ANTECEDENTES

1.1 Síntesis del asunto

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad de la **Resolución 00807 del 22 de junio de 2012**, **Resolución 01487 del 11 de octubre de 2012** y **Resolución 00199 del 24 de enero de 2013**, mediante las cuales se negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL** el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor del señor **HIGINIO PRADA**, en calidad de padre y como único beneficiario del fallecido Alirio Prada Jaimés, y se paguen las mesadas pensionales a partir del 19 de marzo de 1991; así mismo, se condene a la demandada a reconocer y pagar a la parte actora las prestaciones consagradas en el artículo 123 del Decreto 1213 de 1990.

1.2 La sentencia apelada

El *A quo*, en la sentencia que es objeto de alzada, decidió declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, condenando a su vez a la entidad demandada, entre otros aspectos, a reconocer y pagar al señor **HIGINIO PRADA**, una pensión vitalicia como beneficiario de su hijo el ex policía Alirio Prada Jaimés, en aplicación a las prevenciones legales consagradas en el literal d) del artículo 123 del Decreto 1213 de 1990 *“por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional”*, toda vez que los hechos que dieron motivo al deceso del uniformado el 19 de marzo de 1991, obedecieron como consecuencia de la acción del enemigo, que permite calificarla como *“muerte en actos especiales del servicio”*, así como declarar prescritas las sumas causadas con anterioridad al 19 de enero de 2008 y se abstuvo de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada (fls. 179 a 184).

1.3 Argumentos de la apelación presentada por la entidad demandada

Insatisfecho con la sentencia de primera instancia, la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**, por medio de su apoderado, la recurre en apelación y en la sustentación de la alzada (fls. 186 a 196), centra su inconformidad, en la improcedencia del reconocimiento pensional, ya que la muerte del policial fue calificada como en simple actividad, pues para la fecha de los hechos se encontraba

realizando labores personales y no en servicio, siendo evidente que no se cumplen con los requisitos legales para que se conceda la pensión de sobreviviente.

Aunado a ello, considera que el *A quo* se extralimitó convirtiéndose en un fallo ultra petita, al cambiar la calificación del prestacional por muerte 0001/91 del 9 de abril de 1991, de simple actividad a actos especiales del servicio, siendo que lo pretendido en la demanda era que se concediera la pensión de sobreviviente y no modificar la calificación, según lo ha precisado el Consejo de Estado en sentencia del 26 de octubre de 2017, expediente interno 2458-2015, C.P. Cesar Palomino Cortes, con fundamento en lo establecido en los artículos 280 y siguientes del CGP y artículo 187 del CPACA.

Posteriormente, hace alusión a una jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la aplicación del principio de favorabilidad en materia pensional, para luego indicar que, el principio de retrospectividad de la ley no es aplicable, en tanto que para el reconocimiento pensional de beneficiarios es aplicable la ley vigente al momento del fallecimiento del causante y no una ley posterior, y en ese orden, las pretensiones de la demanda no están destinadas a prosperar, pues a la fecha de fallecimiento del agente el 19 de marzo de 1991, calificada en simple actividad, le cobijaba el literal c) del artículo 121 del Decreto 1213 de 1990, que para la pensión mensual exige un tiempo mínimo de 15 años de servicios, y el señor Alirio Prada Jaimes contaba con 9 años, 10 meses de servicio.

1.4 Trámite procesal de segunda instancia

Luego de concedida la alzada por el *A quo* para que fuese del conocimiento de esta Corporación, se admite, y posteriormente se corre traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, al considerar el Magistrado Ponente innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, con base en lo establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA.

Durante el término de traslado concedido, se produjeron las siguientes intervenciones:

1.4.1. Entidad demandada

Nuevamente insiste en los argumentos planteados en la alzada propuesta, de los que se destaca la improcedencia del reconocimiento pensional, por cuanto la muerte del policía Alirio Prada Jaimes ocurrió cuando se encontraba realizando labores personales y no en servicio, por lo que al ser calificada como simplemente en actividad, debía cumplirse con los requisitos legales del Decreto 1213 de 1990 para concederse la pensión, esto es, el tiempo de servicio mínimo de 15 años y el extinto policial contaba con 9 años, 10 meses de servicio.

Igualmente se opone al cambio de calificación del prestacional por muerte ordenado por el *A quo*, toda vez que se extralimitó convirtiéndose en un fallo ultra petita; además, reitera que para el reconocimiento pensional le es aplicable la ley vigente al momento del fallecimiento del causante y no una ley posterior (fls. 219 a 229).

1.4.2. Parte demandante y Ministerio Público

Guardaron silencio.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Cuestión previa

En folios 231-232 obra solicitud elevada por la parte demandante, por medio de su apoderado, con fundamento en el artículo 121 del CGP que trata de la duración del proceso y pérdida de competencia por vencimiento del plazo para dictar sentencia, solicita se informe al Consejo Superior de la Judicatura para que se remita el expediente al Juez siguiente.

Al respecto, ciertamente el artículo 121 del CGP señala que:

“Duración del proceso. Salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada. Del mismo modo, el plazo para resolver la segunda instancia, no podrá ser superior a seis (6) meses, contados a partir de la recepción del expediente en la secretaría del juzgado o tribunal. Vencido el respectivo término previsto en el inciso anterior sin haberse dictado la providencia correspondiente, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso, por lo cual, al día siguiente, deberá informarlo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y remitir el expediente al juez o magistrado que le sigue en turno, quien asumirá competencia y proferirá la providencia dentro del término máximo de seis (6) meses. La remisión del expediente se hará directamente, sin necesidad de reparto ni participación de las oficinas de apoyo judicial. El juez o magistrado que recibe el proceso deberá informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sobre la recepción del expediente y la emisión de la sentencia...”

Sin embargo, el artículo 306 del CPACA estipula lo siguiente acerca de la aplicación del CGP a los procesos que cursan ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

“Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil¹ en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”

Tratándose de los términos de instrucción del proceso, la etapa de juzgamiento y el término para proferir la sentencia, éstos se encuentran regulados expresamente en los artículos 179 al 182 del CPACA, por consiguiente, resulta inapropiado acudir al Código General del Proceso para regular estos aspectos que si se encuentran regulados en la Ley 1437 de 2011 –CPACA-.

Así las cosas, el artículo 121 del CGP invocado por la parte demandante en la solicitud, es incompatible e inaplicable en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues no existe vacío normativo en la Ley 1437 de 2011 –CPACA-en lo que respecta a la duración del proceso y los términos en que se debe proferir la sentencia, que sugiera acudir a otro cuerpo normativo para resolver tal aspecto.

Sobre el particular, la Magistrada de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, en su artículo titulado *“La vigencia del Código General del Proceso en los procesos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”²*, indicó:

¹ Derogado por la Ley 1564 de 2012 (C.G.P.) el cual entro a regir para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el día 1° de enero de 2014, según auto 20012-003951 del 25 del 25 de junio de 2014 proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, M.P. Enrique Gil Botero.

² <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/prensa/vigencodi.pdf>

“...El artículo 121 del Código General del Proceso que prevé un (1) año como término máximo para la duración del proceso, en primera instancia, y seis (6) meses en segunda, también resulta incompatible con el procedimiento administrativo.

La primera razón que sustenta esta afirmación es la congestión judicial actual de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, lo que en la práctica hace imposible dar cumplimiento a esa previsión. Y, aunque este argumento no es jurídico sino práctico, tiene plena comprobación en el hecho de que en la Jurisdicción Ordinaria Civil la aplicación de la Ley 1564 de 2012 está suspendida, entre otras razones, por la congestión de procesos.

Desde la perspectiva jurídica existen argumentos para sustentar la incompatibilidad del aludido artículo 121. Cabe mencionar que tal norma no fue introducida al ordenamiento jurídico colombiano por el Código General del Proceso, sino que fue establecida por el artículo 9 de la Ley 1395 de 2010, en realidad lo que hizo la Ley 1564 de 2012 fue reproducirla.

No obstante, y sin perjuicio de las discusiones que sobre la unidad de materia se puedan suscitar, el artículo 200 de la Ley 1450 del 26 de junio de 2011, que estableció el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo 2011-2014, excluyó la aplicación del término de duración de los procesos a los asuntos que son del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

No se desconoce el hecho de que esa norma de la Ley 1395 de 2010 fue derogada por el artículo 626 [c] del Código General del Proceso, pero el contenido normativo del artículo 121 ejusdem es el mismo, por tanto, es indiscutible que el mandato del artículo 200 de la Ley 1450 se mantiene, es decir, que el término de duración de los procesos excluye a los procesos administrativos...”

En consecuencia, resulta improcedente la solicitud de pérdida automática de competencia planteada por el apoderado de la parte demandante.

2.2. Cuestión de fondo

2.2.1. Problema jurídico

En esta oportunidad la Sala considera que el problema jurídico a resolver en el sub lite consiste en establecer si ¿se encuentra ajustada a derecho la sentencia de primera instancia, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente por el fallecimiento del agente de la Policía Nacional Alirio Prada Jaimes, en favor del señor **HIGINIO PRADA** en su condición de padre del causante?

Teniendo en cuenta que el marco de juzgamiento que delimita la segunda instancia, lo determina el recurso de apelación, corresponde a la Sala pronunciarse sobre la inconformidad que manifiesta la parte apelante, en el sentido de examinar el alcance e interpretación que hiciera el *A quo* del conflicto puesto a su consideración, pues, en su sentir, no había lugar a pronunciarse respecto de la calificación de la muerte del causante variándola a “muerte en actos especiales del servicio”, como quiera que no se pretendió en la demanda la modificación del informe administrativo que la calificó como en “simplemente en actividad”.

2.3. Tesis de la Sala que resuelve el problema jurídico

Para la Sala, atendiendo que el Decreto 1213 de 1990, aplicable a la fecha de ocurrencia de los hechos, exigía un mínimo de 15 años de servicio para proceder al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios

de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, fallecidos en simplemente actividad, y como quiera que el Agente Alirio Prada Jaimes únicamente permaneció en la institución por 9 años, 10 meses y 23 días, y que la calificación dada a las circunstancias en que ocurrió su muerte había sido determinada como simplemente en actividad, no resultaba procedente que la administración hiciera un reconocimiento de pensión mensual en favor del señor **HIGINIO PRADA**.

En ese contexto, para la Sala es claro que si la parte demandante no se encontraba de acuerdo con el acto de reconocimiento prestacional contenido en la **Resolución 9258 del 16 de agosto de 1991**, debió demandarlo dentro del término de caducidad previsto para tal efecto, este es, de el de la regla general de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a la notificación del acto demandado (numeral 2 del artículo 136 del CCA, norma vigente a la fecha de los hechos), previo agotamiento de los requisitos contemplados en las normas procesales.

En este orden de ideas, considera la Sala, que al provocar la parte demandante un nuevo pronunciamiento de la administración, transcurridos más de 10 años posteriores al fallecimiento del Agente Alirio Prada Jaimes, con la petición que dio origen a los actos demandados, las **Resoluciones 00807 del 22 de junio de 2012, 01487 del 11 de octubre de 2012 y 00199 del 24 de enero de 2013**, dejó en evidencia que lo pretendido era revivir términos para discutir en sede judicial un asunto respecto del cual se había vencido la oportunidad, comportamiento que no es admisible al tenor de las normas que regulan el procedimiento, razón suficiente para revocar la sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda, para en su lugar, declarar probada de oficio la excepción de inepta demanda y disponer la terminación del proceso.

2.4. Argumentos que desarrollan la tesis de la Sala

2.4.1. Hechos probados relevantes

En el caso en análisis, del contenido de la partida de bautismo y registro civil de defunción obrantes en folios 12-13, se advierte que el señor Alirio Prada Jaimes, falleció el 19 de marzo de 1991, siendo hijo del señor **HIGINIO PRADA**.

Así mismo, visto el Informe Administrativo por Muerte 0001/91 del 9 de abril de 1991, suscrito por el Comandante de Policía del Departamento Norte de Santander (fl. 57), se observa que el fallecimiento del señor Alirio Prada Jaimes, fue calificado como "muerte simplemente en actividad", de acuerdo al artículo 121 del Decreto 1213 de 1990, de acuerdo a los siguientes hechos:

HECHOS:

Se conoce de autos que el día 19 de marzo de 1.991, siendo las 20:20 horas, el Agente PRADA JAIMES ALIRIO, se encontraba en el rímetro urbano de la población de Bucarasica jurisdicción del Tercer Distrito de Policía, siendo sorprendido por dos individuos desconocidos quienes con armas de fuego le dispararon en varias oportunidades ocasionándole heridas que le produjeron la muerte en forma instantánea.

Dadas las circunstancias en que ocurrieron los hechos, en las cuales falleció el AG PRADA JAIMES ALIRIO, se pudo establecer que el uniformado estaba prestando sus servicios en la Subestación Bucarasica y en el instante en que fue atacado y muerto, éste se encontraba realizando actividades personales, en consecuencia se tipifica en la norma establecida en el Decreto 1213 de 1.990, artículo 121, es decir muerte simplemente en actividad.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el suscrito Comandante del Departamento de Policía Norte de Santander, se permite emitir la siguiente :

De acuerdo a la hoja de servicios 91225212 vista en folio 54, se corrobora que el señor Alirio Prada Jaimes, se desempeñó como auxiliar de Policía y posteriormente como Agente Nacional, por un tiempo total de servicios prestados de 9 años, 10 meses y 23 días, hasta el 19 de junio de 1991, incluidos los 3 meses de alta, siendo retirado por la causal "muerte en servicio activo".

Posteriormente, se observa a folios 26 a 28, la **Resolución 00807 del 22 de junio de 2012**, "Por la cual se niega el reconocimiento de pensión por muerte a beneficiario del señor **AG (F) ALIRIO PRADA JAIMES**. Expediente 91.225.212", proferida por el Subdirector General de la Policía Nacional, decisión que se adopta con fundamento en lo siguiente:

*"Que ha de precisarse para todos los efectos, que la Policía Nacional, posee un régimen especial que le es propio, mediante el cual efectúa los reconocimientos pensionales y prestacionales, soportando cada una de sus decisiones bajo los principios de temporalidad y legalidad de la norma, que para el caso en estudio el señor **ALIRIO PRADA JAIMES** se encontraba vinculado a la Policía Nacional en el grado de Agente, lo que quiere decir que sus beneficiarios al momento de su fallecimiento se vieron cobijados en materia pensional al momento de los hechos por el Decreto 1213 de 1990, norma de carácter especial y particular en el presente caso, el cual consagra en su artículo 121, sic (..)*

Que el uniformado no tenía los requisitos señalados en la norma ibídem atendiendo el tiempo de servicio al momento de su fallecimiento, razón por la cual sus beneficiarios no fueron acreedores al derecho pensional por sobrevivencia en su momento, no obstante les fue radicado en su favor el reconocimiento y pago de la respectiva indemnización por muerte y cesantías definitivas;

*Que revisado el expediente prestacional del señor **AG (F) ALIRIO PRADA JAIMES**, al momento de su fallecimiento no cumplía con el requisito exigido en el Decreto 1213 de*

1990, para que sus beneficiarios se hicieran acreedores al reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, menos aún da lugar a aplicársele los postulados de la Ley 100 de 1993 como se hiciera conocer, atendiendo la vigencia de la misma en el tiempo y el espacio, (...)"

Obra a folios 51 a 53 del expediente, el recurso de reposición y en subsidio de apelación elevado contra la **Resolución 00807 del 22 de junio de 2012**, por el apoderado del señor **HIGINIO PRADA**, en su condición de padre del causante Alirio Prada Jaimes, en la que se señaló:

"(..) El agente de la Policía Nacional ALIRIO PRADA JAIMES debido a los hechos antes narrados es dado de baja de conformidad al informe administrativo por muerte No. 0001/91 de fecha 9 de Abril de 1991 como causal de retiro MUERTE EN SIMPLE ACTIVIDAD; acto administrativo que nunca fue comunicado formalmente a la familia del agente para poder ser controvertido, situación que desconoció los derechos fundamentales del debido proceso a los padres del exagente.

De igual manera la Policía Nacional debido a los hechos a los hechos antes narrados da de baja al agente ALIRIO PRADA JAIMES de conformidad a la hoja de servicios de fecha 18 de julio de 1991 como causal de retiro MUERTE EN SERVICIO ACTIVO, situación que fue desconocida formalmente a la familia del fallecido para poder ser controvertida.

La Muerte de extinto Señor Agente de la Policía Nacional, fue EN ACTOS DEL SERVICIO POR ACCION DIRECTA DEL ENEMIGO, y ocurrió el día 19 de marzo de 1991, en la misma ciudad de Bucarasica – Norte de Santander a las 20:20 horas, cuando laboraba como secretario de estación de Policía de este municipio no como pretende la Policía Nacional como MUERTE EN SIMPLE ACTIVIDAD argumentando que estaba realizando labores personales pues estudiaba como asistente en el Colegio Rafael Calderón del municipio de Bucarasica de las 06:45 hasta las 13:00 horas pero también manifiestan en la constancia de fecha 4 de abril de 1991 que el agente había pasado una solicitud para estudiar al Comando del Tercer Distrito de Policía Sardinata la cual no había sido aprobada; entonces ni había sido aprobada ni tampoco fue muerto en horas de servicio y por grupos irregulares por acción directa de la guerrilla el enemigo en este caso.

(..)

Existen documentos que soportan la presente solicitud (..)

Lo anterior se demuestra pues al momento de la muerte estaba vestido con prendas de vestir de la Policía Nacional y no de civil como lo describe el acta de levantamiento de cadáver (...)" (negritas fuera de texto).

Se encuentran a folios 20 a 24 la **Resolución 01487 del 11 de octubre de 2012 y Resolución 00199 del 24 de enero de 2013**, por las cuales, con base en los mismos argumentos expuestos en el acto anterior, se confirma la decisión de negar el reconocimiento pensional pedido por la parte demandante.

2.4.2. Análisis de la Sala

Teniendo en cuenta que la controversia versa respecto de la modificación a la calificación por muerte del Agente Alirio Prada Jaimes, definida por la Dirección General de la Policía como "simplemente en actividad", procede la Sala, en primera medida a precisar la naturaleza jurídica del informe administrativo por muerte, respecto del cual el Decreto 1213 de 1990, por el cual se expide el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, vigente a la fecha de fallecimiento del causante, en su artículo 124, dice lo siguiente:

“ARTÍCULO 124. INFORME ADMINISTRATIVO. *En los casos de muerte previstos en los artículos 121, 122 y 123 de este Decreto, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en las cuales se sucedieron los hechos serán calificadas por: los Directores de dependencias de la Dirección General de la Policía o de las Escuelas de Formación, Comandantes de Departamento y Jefes de Organismos Especiales, de acuerdo con el procedimiento que establezca la Dirección General, la cual queda facultada para modificar la calificación de las circunstancias en que ocurrieron los hechos, cuando éstas sean contrarias a las pruebas allegadas.*

De acuerdo con ello, el informe lo produce el Comandante de Unidad Táctica, Operativa o su equivalente, en el caso de las Fuerzas Militares, o los Directores de las dependencias de la Dirección General de la Policía, y de las Escuelas de Formación, Comandantes de Departamento y Jefes de Organismos Especiales, en el caso de la Policía Nacional; adolece de recursos en la vía gubernativa, conforme a lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011 –CPACA-.

El Decreto 1022 de 1992³, que reglamenta la normativa antes citada señala en su artículo 31⁴ que el informe administrativo a que hace relación el artículo 124 del Decreto 1213 de 1990, es necesario para determinar si el hecho de la muerte ocurrió bajo 3 hipótesis: simplemente en actividad; en actos del servicio; o en actos especiales del servicio y señala taxativamente que cuando la muerte sobreviene en actos contra la Ley, con violación de reglamentos, órdenes superiores o suicidio, se calificará como en simplemente actividad.

De acuerdo con todo lo anterior, es claro que el informe administrativo de calificación por muerte no crea, modifica o extingue una situación jurídica particular, sólo describe las circunstancias en las que ocurrió la muerte del uniformado para ubicarla en una de las categorías que consagra la norma, entre ellas, la de simplemente en actividad o en servicio, lo que permite deducir, en principio, que se trata de un acto preparatorio al acto definitivo que reconoce las prestaciones por muerte.

Así lo explicó la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 8 de abril de 2010, Exp. No.0816-2009, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, al considerar lo siguiente:

“Así las cosas, observa la Sala que la Resolución No. 04027 de 13 de noviembre de 2001, por sí sola no crea modifica o extingue situación jurídica alguna a favor de la parte demandante. En efecto, la citada resolución al modificar el informe administrativo de la muerte del Sargento Urrego, simplemente definió la calificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió su muerte, esto es, suministró una información que posteriormente fue tenida en cuenta por la Subdirección General de la Policía Nacional al momento de expedir la Resolución No. 00245 de 28 de febrero de 2002, mediante la cual se le reconoció a sus beneficiarios una serie de prestaciones económicas y se negó la solicitud de ascenso póstumo.

Bajo estos supuestos, la Resolución No. 04027 de 2001 no tiene el carácter de acto administrativo definitivo sino el de acto preparatorio, en la medida en que no puso fin a la situación administrativa que siguió a la muerte del Sargento Primero Urrego Rodríguez

³ “Por el cual se reglamentan algunas disposiciones del decreto 1213 de 1990, estatuto del personal de agentes de la policía nacional”.

⁴ **ARTÍCULO 31. INFORME ADMINISTRATIVO.** El informe administrativo a que se refiere el artículo 124 del Decreto 1213 de 1990, será breve y sumario para determinar si el hecho ocurrió en una de las siguientes circunstancias: a) Muerte simplemente en actividad; b) Muerte en actos del servicio; c) Muerte en actos especiales del servicio.

PARÁGRAFO. Cuando la muerte sobrevenga en actos contra la ley o con violación de los reglamentos u órdenes superiores o como consecuencia de suicidio, para efectos de indemnización se calificará como ocurrida simplemente en actividad.

por el contrario, facilitó con posterioridad la expedición de varios actos administrativos que si tienen el carácter de definitivos¹. Tal circunstancia es corroborada, en el caso concreto, por el numeral segundo del informe administrativo de 24 de septiembre de 2001, el cual ordena el envío del citado informe al Área de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional para que haga parte del expediente prestacional de Sargento Primero Urrego Rodríguez (fl. 12).”.

Ahora bien, en el caso en concreto, está acreditado que por medio de acto administrativo definitivo, el Subdirector General de la Policía Nacional, de conformidad a lo establecido en el 121 del Decreto 1213 de 1990, ordenó el reconocimiento y pago de la respectiva indemnización por muerte y cesantías definitivas a los beneficiarios del Agente Alirio Prada Jaimes (q.e.p.d).

Dicho reconocimiento se fundó, entre otras, en consideración a que dada la calificación de la muerte del policial de simplemente en actividad con fundamento en el Informe Administrativo por Muerte 0001/91 del 9 de abril de 1991, sumado al tiempo total de servicios prestados al momento del fallecimiento de 9 años, 10 meses y 23 días de acuerdo a la hoja de servicios, no tenía los requisitos señalados en la norma para que sus beneficiarios también fueran acreedores al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Sobre el particular, los artículos 121 a 123 del Decreto 1213 de 1990 señalan:

“ARTÍCULO 121. MUERTE SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD. *Durante la vigencia del presente Decreto, a la muerte de un Agente de la Policía Nacional en actividad, sus beneficiarios en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:*

a. A que por el Tesoro Público se les pague una compensación equivalente a dos (2) años de los haberes correspondientes, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 100 del presente Estatuto.

b. Al pago de cesantía por el tiempo de servicio del causante.

c. Si el Agente hubiere cumplido quince (15) o más años de servicio, a que por el Tesoro Público, se les pague una pensión mensual la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con la categoría y tiempo de servicio del causante.

ARTÍCULO 122. MUERTE EN ACTOS DEL SERVICIO. *Durante la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de una Agente de la Policía Nacional en servicio activo, ocurrida en actos del servicio o por causas inherentes al mismo, sus beneficiarios en el orden establecido en el presente Decreto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:*

a. A que el Tesoro Público les pague, por una sola vez, una compensación equivalente a tres (3) años de los haberes correspondientes, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 100 de este Decreto.

b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.

c. Si el Agente hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, según el tiempo de servicio del causante.

ARTÍCULO 123. MUERTE EN ACTOS ESPECIALES DEL SERVICIO. *Durante la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo, en actos meritorios del servicio, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento o restablecimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo cualquiera que sea el tiempo de servicio, además sus beneficiarios en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:*

a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 100 de este Decreto.

b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.

c. Si el Agente hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público le pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado conferido póstumamente.

d. Si el Agente no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en el presente Estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas señaladas en el artículo 100 de este Decreto.

PARAGRAFO. *Se entiende por actos meritorios del servicio para todo efecto, aquellos en que el Agente, se enfrente a grave e inminente peligro en defensa de la vida, honra y bienes de las personas”.*

Las aludidas normas distinguen entre la “**muerte simplemente en actividad**”, “**muerte en actos del servicio**” y “**muerte en actos especiales del servicio**”, asignando prestaciones diferenciales y en cuanto a la muerte en actos especiales del servicio establece, además, el ascenso en forma póstuma, dependiendo de la calificación dada a las circunstancias en que ocurrió la muerte.

Así las cosas, para la Sala, atendiendo que la norma mencionada aplicable exigía un mínimo de 15 años de servicio para proceder al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, fallecidos en simplemente actividad, y como quiera que el Agente Alirio Prada Jaimes únicamente permaneció en la institución por 9 años, 10 meses y 23 días, y que la calificación dada a las circunstancias en que ocurrió su muerte había sido determinada como simplemente en actividad, no resultaba procedente que la administración hiciera un reconocimiento de pensión mensual en favor del señor **HIGINIO PRADA**.

Ahora bien, en lo concerniente al Procedimiento administrativo de reconocimiento de prestaciones por muerte, conviene traer a colación el concepto 1558 de 22 de abril de 2004, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el que se indicó:

“1. El proceso administrativo de reconocimiento de prestaciones por muerte.

En cuanto hace relación al Informe Administrativo por Muerte de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se observa en los decretos leyes 1211 y 1212 de 1990, la ausencia de un procedimiento especial, de manera que se debe aplicar el general establecido en la primera parte del Código Contencioso Administrativo.

1.1 La actuación administrativa.

Esta actuación administrativa comprende fundamentalmente dos etapas.

1.1.1 Primera etapa. El informe administrativo por muerte.

La primera etapa consiste en la investigación de los hechos en los cuales resultaron muertas una o varias personas de las Fuerzas Militares o la Policía Nacional.

Finaliza con el Informe Administrativo por Muerte, el cual tipifica los hechos en una de las tres modalidades señaladas por la ley: muerte en combate, en misión del servicio o simplemente en actividad, en el caso de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, de acuerdo con los artículos 189, 190 y 191 del decreto ley 1211 de 1990, o muerte simplemente en actividad, en actos del servicio o en actos especiales del servicio, para los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, de conformidad con los artículos 163, 164 y 165 del decreto ley 1212 de 1990.

1.1.2 Segunda etapa. El acto administrativo definitivo.

Luego de expedido el Informe Administrativo por Muerte, se adelanta el trámite correspondiente al reconocimiento y liquidación de las prestaciones, el cual finaliza con la resolución respectiva, siendo ésta un acto administrativo definitivo, que, en consecuencia, debe ser notificado a los beneficiarios de la persona fallecida.

El Ministro de Defensa Nacional delegó la expedición de tales actos en los Jefes de Desarrollo Humano de las Fuerzas Militares, mediante la Resolución No. 1383 del 25 de septiembre de 2001, razón por la cual contra ellas resulta procedente el recurso de reposición mas no el de apelación, en el caso de dichas Fuerzas (art. 50 Código Contencioso Administrativo).

1.2 La naturaleza jurídica del Informe Administrativo por Muerte.

El Informe Administrativo por Muerte es un acto administrativo preparatorio, en la medida en que no pone fin a la actuación, pero dado que define una calificación de la modalidad de la muerte, aporta información que debe ser tenida en cuenta al momento de expedir el acto definitivo, la resolución de reconocimiento a los deudos de las prestaciones correspondientes.

El informe lo produce el Comandante de Unidad Táctica, Operativa o su equivalente, en el caso de las Fuerzas Militares (art. 192 dec. 1211/90), o los Directores de las dependencias de la Dirección General de la Policía, y de las Escuelas de Formación, Comandantes de Departamento y Jefes de Organismos Especiales, en el caso de la Policía Nacional (art. 166 dec. 1212/90). En esto difiere del Informe Administrativo por Lesiones, el cual es dictado por el Comandante o Jefe respectivo (art. 24 dec. 1796/00).

Ahora bien, el Informe Administrativo por Muerte, dado que es un acto preparatorio, no tiene los recursos de la vía gubernativa, conforme a lo dispuesto por el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo. Tampoco es susceptible de revocatoria directa, por las razones que se han expresado en este concepto.

Sin embargo, es modificable, de oficio, en el caso de las Fuerzas Militares, por el Ministro de Defensa Nacional (art. 192 dec. 1211/90) y en el de la Policía Nacional, por el Director General de esta institución (art. 166 dec. 1212/90).

Si bien las normas no señalan por qué motivo, debe entenderse analógicamente con la norma del Informe Administrativo por Lesiones (inc. primero art. 26 dec. 1796/00), que sea cuando la calificación resulte contraria a las pruebas allegadas sobre la forma como ocurrieron los hechos”.

En el plenario esta evidenciado que luego de expedido el informe administrativo por muerte respectivo, la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL adelantó el trámite correspondiente al reconocimiento y liquidación de las prestaciones con ocasión del fallecimiento del Agente Alirio Prada Jaimes, el cual finalizó con la resolución respectiva, siendo ésta un acto administrativo definitivo, que fue debidamente notificado a los beneficiarios de la persona fallecida.

Sin embargo, no obra en el plenario prueba alguna que permita arribar a la inferencia de que la parte demandante hubiese impugnado el acto en precedencia dentro de la oportunidad legal correspondiente.

En ese contexto, para la Sala es claro que si la parte demandante no se encontraba de acuerdo con el acto de reconocimiento prestacional contenido en la **Resolución 9258 del 16 de agosto de 1991**, debió demandarlo dentro del término de caducidad previsto para tal efecto, este es, de el de la regla general de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a la notificación del acto demandado (numeral 2

del artículo 136 del CCA, norma vigente a la fecha de los hechos), previo agotamiento de los requisitos contemplados en las normas procesales.

En este orden de ideas, considera la Sala, que al provocar la parte demandante un nuevo pronunciamiento de la administración, transcurridos más de 10 años posteriores al fallecimiento del Agente Alirio Prada Jaimes, con la petición que dio origen a los actos demandados, las **Resoluciones 00807 del 22 de junio de 2012, 01487 del 11 de octubre de 2012 y 00199 del 24 de enero de 2013**, dejó en evidencia que lo pretendido era revivir términos para discutir en sede judicial un asunto respecto del cual se había vencido la oportunidad, comportamiento que no es admisible al tenor de las normas que regulan el procedimiento.

En cuanto a la exigencia de demandar en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en los casos en que exista acto de liquidación definitiva de prestaciones sociales, la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia del 6 de junio de 2012, con ponencia del Magistrado Luis Rafael Vergara Quintero, precisó que éste acto deberá ser impugnado, so pena de que una petición posterior a dicho pronunciamiento se traduzca en un artificio para revivir términos ya agotados:

*“En ese orden de ideas, si la demandante no estaba de acuerdo con la liquidación de sus cesantías y de las demás prestaciones sociales, **ha debido demandar dentro de la oportunidad legal los actos que efectuaron dicha liquidación lo cual no ocurrió en este caso.** De modo que al presentar un derecho de petición solicitando la reliquidación de sus prestaciones y la inclusión de varios emolumentos laborales en esa liquidación, lo que intentó la demandante fue revivir términos, conducta que merece reproche a la luz de las normas procesales que le imponen a las partes el deber de proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos (artículo 71 del Código de Procedimiento Civil).*

*En reiteradas ocasiones ha dicho la Sala en casos similares al sub examine, que **encontrándose en firme las resoluciones que no fueron recurridas ante la administración, se deduce que el propósito perseguido por el actor no es más que el de la revocatoria de las decisiones administrativas adoptadas en tiempo anterior, por lo cual no puede reconocérsele fuerza para revivir el término legal que permita ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.**”⁵*

Igualmente, en pronunciamiento similar la Alta Corporación puntualizó⁶:

“Sin embargo el Consejo de Estado ha señalado que la cesantía no tiene el carácter de prestación periódica a pesar de que su liquidación se hace anualmente, pues es una prestación unitaria, y cuando se liquida y paga en forma definitiva por retiro del funcionario, el acto reconocedor respectivo finaliza la actuación si queda en firme. En ese sentido, el acto de liquidación es demandable ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa observando las reglas relativas a la caducidad de la acción que establecen un término de cuatro (4) meses para accionar.”⁷

Observa la Sala que el demandante pretendió revivir los términos –a través de provocar la respuesta de la Administración o dar por sentado la ocurrencia del silencio administrativo negativo- para poder demandar ante la Jurisdicción

⁵ Consejo de Estado, sentencia del seis (6) de junio de dos mil doce (2012). C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero. Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00755-01(1132-11).

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008). M.P.: Bertha Lucia Ramirez de Páez. Radicación número: 15001-23-31-000-1999-00914-01(05026-05).

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda. Auto de 18 de abril de 1995, Magistrado Ponente Dra. Clara Forero de Castro, Exp. 11.043.

Contencioso Administrativa la negativa a liquidar las cesantías en la forma que pretendía, lo cual no es procedente.

En este mismo sentido se había pronunciado el Consejo de Estado como cuando en caso similar al aquí debatido expresó:

“... ”

En reiteradas oportunidades la Sala ha manifestado frente a casos similares, que encontrándose en firme, como lo están las diferentes resoluciones que no fueron recurridas ante la administración, la entidad demandada se pronunció respecto de una petición presentada, la cual constituye una solicitud de revocatoria directa, sin que ella, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 72 del C. C. A., tenga suficiente fuerza para revivir el término legal que permita ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como pretende la actora. ...”⁸

En este orden de ideas la Corporación declarará probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por cuanto los actos atacados no tiene el carácter de acto administrativo y, como consecuencia de ello, inhibida para pronunciarse respecto de la controversia de fondo.”

De acuerdo con las consideraciones jurisprudenciales y normativas que se exponen en precedencia, resulta claro que en aquellos casos en que existe una liquidación definitiva de las prestaciones sociales es éste el acto a demandar, sin que pueda en ejercicio del derecho de petición obligar a la administración a pronunciarse nuevamente, con el fin de impugnar un nuevo acto para que sea frente a este que se cuenten los términos de caducidad.

Así las cosas, teniendo en cuenta que en la demanda la parte demandante no solicitó la nulidad de la liquidación definitiva de prestaciones sociales del agente Alirio Prada Jaimes, contenida en la **Resolución 9258 del 16 de agosto de 1991**, en la cual se observa, la administración tomó como base de la decisión para pronunciarse sobre las prestaciones sociales la calificación de muerte simplemente en actividad adoptada en el informe administrativo por muerte 0001/91 del 9 de abril de 1991, aspecto que no resulta ajeno a la litis planteada en el presente asunto, en tanto el estudio de la viabilidad del derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes aquí reclamado, depende indudablemente de la forma en que fue calificada dicha muerte, es clara la existencia de una inepta demanda por indebida individualización de los actos administrativos a demandar, razón suficiente para revocar la sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda, para en su lugar, declarar probada de oficio la excepción de inepta demanda y disponer la terminación del proceso.

2.5 Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, tanto en primera como en segunda instancia, ya que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez que se descarta una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda (fallo de unificación de la sección Laboral). Sentencia de 12 de julio de 2001, Magistrado Ponente, Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Exp. 3146-00.

Ver también sentencia de la Sección Segunda de 25 de agosto de 2005, Magistrado Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Exp. 4723-03.

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR la solicitud de pérdida automática de competencia planteada por el apoderado de la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: REVOCAR en su integridad la sentencia objeto de apelación, y en su lugar **DECLARAR** probada de oficio la excepción de inepta demanda y ordenar la terminación del proceso.

TERCERO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

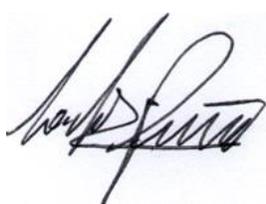
CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión Virtual Nº 2 del 12 de junio de 2020)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado